

San Juan de Pasto, Catorce (14) días del mes de mayo de dos mil veinte (2020)

SEÑOR(A):
JUEZ DEL CIRCUITO (REPARTO)

Pasto
E.S.D

ACCION:	TUTELA
TUTELANTE:	JULY ALEJANDRA PATIÑO GUERRERO
TUTELADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
TEMA:	VIOLACION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, AL TRABAJO, AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, AL MÍNIMO VITAL Y MÓVIL Y, A LA BUENA FE (CONFIANZA LEGÍTIMA, SEGURIDAD JURÍDICA, RESPETO AL ACTO PROPIO) CONSAGRADOS EN LOS ARTÍCULOS 13, 25, 29, 40, 53 y 83 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

JULY ALEJANDRA PATIÑO GUERRERO, mayor de edad, domiciliada y residente en esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1085257342 de Pasto y Tarjeta Profesional No. 189.330 del Consejo Superior de la Judicatura; actuando a nombre propio y de acuerdo con en el artículo 86 de la Constitución Política, acudo respetuosamente ante su despacho para promover Acción de Tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC), en orden a obtener lo siguiente,

I. PETICIONES.

1.1. Se tutelen mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al mínimo vital y móvil y, a la buena fe (confianza legítima, seguridad jurídica, respeto al acto propio) consagrados en los artículos 13, 25, 29, 53 y 83 de la Constitución Política.

1.2. Se ordene al ICBF y a la CNSC, abstenerse de nombrar a cualquiera de las personas que aparecen en la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, para proveer diecisiete (17) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC 34795, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, en la plaza que actualmente ocupo en el ICBF en la ciudad de Pasto, Regional de Nariño, dado que este empleo no fue ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 y, éste estatuto no previó la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para plazas creadas con posterioridad.

1.3. Subsidiariamente y en caso de que el juez estime que el registro de elegibles previsto en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, sí puede ser utilizado para proveer las vacantes que no han sido ofertadas por la Convocatoria 433 de 2016; en cargos de carrera, solicitó se ordene al ICBF y a la CNSC que adopte medidas **afirmativas** orientadas en “ser la última en ser desvinculada”, dada mi condición de madre cabeza de familia y, de ser posible me reubiquen de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que hoy ocupo, tal y como lo ha dispuesto la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011.

II. HECHOS.

1. Mediante el Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2.016, la CNSC, convocó a “*concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de*

personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF”.

2. En el artículo 10 *ibídem* se ofertaron 762 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, dentro de los cuales se encontraban 17 en el ICBF Regional de Nariño.
3. En ningún artículo del acuerdo en mención la CNSC ni el ICBF se reservaron la facultad para utilizar de la lista de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los que fueron ofertados.
4. Entre tanto, a través del Decreto No. 2138 del 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional, **aprobó** la creación de una planta de carácter temporal en el ICBF, para el período comprendido entre el 2 de enero y el 31 de diciembre de 2017.
5. Que, el ICBF dando cumplimiento a la Fase I prevista en la sentencia C-288 DE 2014, mediante oficio Nro. S2016-644046-0101 del 2 de diciembre de 2016, solicito a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, certificar la existencia de lista de elegibles para la provisión de (3737 vacantes de empleos de carácter temporal, creados mediante el decreto 2138 del 22 de Diciembre de 2016.
6. Que la comisión nacional del servicio civil respondió mediante oficio Nro. 20161020411951 del 26 de Diciembre de 2016: “...Que la comisión nacional del servicio civil procedió a realizar el estudio técnico de listas de elegibles vigentes en el Banco Nacional de listas de elegibles que correspondieran a la misma denominación, código y grado de los empleos de planta temporal y que comportan similitud funcional con los mismos, no se encontraron listas de elegibles que puedan ser utilizadas para su provisión” refiriéndose entre otros a las 328 vacantes del empleo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17.
7. Que, para dar cumplimiento a la fase II anunciada en la Sentencia C.288 de 2014, la dirección de gestión humana del ICBF procedió a realizar convocatoria interna PT-DF-001 dirigida a los servidores públicos con derechos de carrera administrativa para proveer los cargos de Defensor de Familia código 212 grado 17, en el proyecto de financiación “Protección- acciones para preservar y restituir el ejercicio integral de los derechos de la niñez y la familia”, publicada el 26 de Diciembre de 2016 publicada en la página WEB del ICBF. Dependencia que una vez vencido el termino para realizar inscripciones, verifíco el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para proveer los empleos temporales disponible, publicando la lista de aspirantes seleccionados para los que no fue necesario aplicar el criterio de desempate el 4 de enero de 2017 en el mismo portal mencionado, el cual fue aclarado el 31 de enero de 2017. obteniendo en este el más alto puntaje con una calificación de 80.34.
8. En cumplimiento de ese decreto, la Secretaría General del ICBF por medio del artículo décimo cuarto de la Resolución No. 907 del 17 de febrero de 2017, me nombró temporalmente, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2017, en la Regional Nariño, en el cargo de Defensora de Familia Código 2125, Grado 17, en la ciudad de Tumaco.
9. Mediante Resolución No. 7128 del 18 de agosto de 2017, fui trasladada al ICBF al Centro Zonal Pasto Dos, para proteger mi vida e integridad personal y la de mi hijo Sebastián Benavides Patiño debido a que recibí amenazas de muerte en esa localidad en razón de la labor que desempeñaba en el municipio de Tumaco como Defensora de Familia.
10. Luego, por medio del Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, el Gobierno Nacional, transformó en permanentes los cargos temporales creados por el Decreto 2138 de 2016. En consecuencia, seguí laborando como Defensora de Familia Código 2125 Grado 17, en forma permanente en el ICBF Regional Nariño. ciudad de Pasto.

11. De otra parte, mediante el artículo 1º de la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2018, la CNSC conformó Lista de Elegibles para proveer diecisiete **(17) vacantes** en la ciudad de Pasto (Nariño), del empleo identificado con el Código OPEC 34795, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF- reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016. En el artículo cuarto *ibídem* dispuso:

ARTÍCULO CUARTO.- Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer la vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. **Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.** (Negrillas fuera del texto original).

12. Sin embargo, la CNSC revocó el pretranscrito numeral 4º de su propio acto a través de la Resolución No. CNSC-201822301156785 del 22 de noviembre de 2018, entre otras razones, porque resulta abiertamente contrario a la Constitución Política y a la ley.
13. Paradójicamente, luego de consultar el aplicativo SIMO¹, encontramos que la CNSC reporta veintiséis (26) vacantes disponibles para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 en la ciudad de Pasto, dentro de los cuales **quedaría comprendido mi cargo**, el cual como fue creado en forma permanente mediante Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, es decir, con **posterioridad** a la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF- reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, es decir, está permitiendo el uso de la lista de elegibles, para ocupar plazas diferentes a las que inicialmente fueron ofertadas.
14. Esta decisión de la CNSC, quebranta lo establecido por el artículo 1º de la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2018; el artículo 1º de la Resolución No. CNSC-201822301156785 del 22 de noviembre de 2018; el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012; el Parágrafo único del artículo 62 del Acuerdo No. CNSV- 20161000001376 de 2016 que dice **“las listas de elegibles sólo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente”**, así como la doctrina constitucional fijada por la Corte Constitucional, a través de la sentencia de unificación SU-446 de 2011, en la cual discurrió así:

*“Las reglas del concurso son obligatorias tanto para la administración como para los administrados-concursantes, en donde admitir la utilización del registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los que fueron ofertados, quebrantaría una de las normas que lo regían. **REGISTRO DE ELEGIBLES EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION PARA PROVEER CARGOS POR FUERA DEL NUMERO DE CONVOCADOS.** Utilización implicaría una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias por vulneración del principio de confianza legítima, seguridad jurídica y mandato del artículo 125 constitucional”.*

15. La tutela procede porque no existe un acto administrativo por medio del cual la CNSC haya ampliado de 17 a 26 vacantes, las plazas de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 en el ICBF en la ciudad de Pasto en la Regional Nariño, que la suscrita pueda controvertir a través del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Además, es viable acudir a este mecanismo de protección constitucional, para

¹ <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo> página consultada el 12/05/2020 a las 20:37 horas.

evitar un perjuicio irremediable, porque el ICBF “aseguró estar adelantando trámites administrativos y presupuestales y pendiente del pronunciamiento de la CNSC sobre la utilización la lista de elegibles actualizada”² y en el aplicativo SIMO³, la CNSC reporta veintiséis (26) vacantes disponibles para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, es decir, nueve (9) plazas más de los que persigue proveer la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018 y, si se aplica esa lista a los cargos creados a través del Decreto 1479 de 2017, como al empleo que ocupo, me quedaría sin mi única fuente de ingresos para mi subsistencia y proveer lo necesario a mi hijo Sebastián Benavides Patiño, quien depende económicamente de mí.

También soy sujeto de especial protección constitucional, porque soy madre cabeza de familia a cargo de mi hijo, quien es menor de edad el cual depende totalmente de mí.

Adicionalmente merezco un trato diferenciado porque en el ejercicio de mis funciones como Defensora de Familia en el Municipio de Tumaco me amenazaron de muerte y, por eso me vi forzada a solicitar el traslado a Pasto, donde actualmente trabajo.

16. Cabe resaltar que, la controversia aquí planteada ya fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia de tutela del 13 de abril de 2020, expedienta radicado bajo el No. 2020-00032 (9136), con ponencia de la Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, proceso en el cual fungí como tercera interesada en las resultas del proceso. Por consiguiente, ruego de manera comedida y atenta al juez tenga en cuenta este precedente al momento de fallar el asunto.

III. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA ACCION DE TUTELA.

3.1. Procedencia excepcional de la acción constitucional impetrada.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “**sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Para el caso concreto, no cuento con un medio de control ordinario para proteger mis derechos fundamentales porque la CNSC está haciendo uso de la lista de elegibles para ocupar plazas creadas mediante el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, las cuales no fueron convocadas mediante el concurso No. 433 de 2016 – ICBF- reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, sin haber dictado un acto administrativo en ese sentido o por lo menos dentro de la normatividad que rige la Convocatoria 433 de 2016 que aparece publicada en la página oficial destinada por la CNSC no está⁴.

Luego, no hay forma de controvertir su decisión a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho porque la publicación en el SIMO, no es un verdadero acto administrativo.

Ergo, la tutela es el mecanismo idóneo para cuestionar la actuación irregular de la CNSV y del ICBF.

Agréguese a lo anterior que, lo que se pretende es la inaplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, para plazas creadas mediante el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 y, la Corte Constitucional, en Sentencia T-160 de 2018, dijo que la inaplicación de normas legales se

² Al respecto puede verse la contestación del ICBF dentro del fallo de tutela del 24 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Sala Tercera de Decisión Penal-, Radicado No. 2020-0002001, con ponencia del Magistrado Javier Iván Chavarro Rojas.

³ <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo> página consultada el 12/05/2020 a las 20:37 horas.

⁴ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-433-de-2016-icbf> Página consultada el 13/05/2020 a las 11.01 horas.

cuestiona a través de una acción de tutela y no mediante la nulidad y restablecimiento del derecho.

Leamos:

“En el caso concreto, esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales. Esto significa que, lejos de cuestionar la validez de las reglas de la convocatoria, lo que pretende es su inaplicación, con miras a defender sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en virtud de las circunstancias específicas en las que él se encuentra. Ello excluye, por tal razón, la idoneidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto este medio de control supone proteger un “derecho subjetivo amparado en una norma jurídica”, circunstancia distinta a la que se plantea en esta controversia, en donde, precisamente, lo que busca es inaplicar, para el caso particular, una norma jurídica que resulta contraria, al parecer, a los derechos fundamentales vinculados con la construcción de una imagen propia”.
(Negrillas fuera del texto original)

Sin perder de vista que, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable porque el sueldo que devengo como defensora de familia es mi única fuente de ingreso, amén de que soy un sujeto de especial protección constitucional dada mi condición de madre cabeza de familia, al tiempo que, víctima del conflicto armado colombiano, pues debido a las amenazas ceñidas en mi contra y de mi hijo me vi forzada a solicitar el traslado del Municipio de Tumaco, para ocupar la plaza en la ciudad de Pasto (Nariño).

Procedo a explicar por qué considero que la CNSC y el ICBF con su decisión de usar la lista de elegibles previstas en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018 para las plazas que fueron creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 vulnera mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al mínimo vital y móvil y, a la buena fe (confianza legítima, seguridad jurídica, respeto al acto propio).

3.2. Derechos vulnerados o amenazados.

El problema jurídico se plantea así:

¿El ICBF y la CNSC están vulnerando mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al mínimo vital y móvil y a la buena fe (confianza legítima, seguridad jurídica, respeto al acto propio), al utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, para proveer las vacantes correspondientes al cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que se crearon mediante el Decreto 1479 de 2017 y, que no fueron objeto de oferta mediante la Convocatoria 433 de 2016?

La respuesta indiscutiblemente es que **SI**. Esta afirmación se sustenta en las siguientes premisas fácticas y jurídicas.

No se remite a duda que el concurso de méritos ya culminó, y en cada una de sus etapas se emitieron los actos administrativos correspondientes, la lista de elegibles en el orden que correspondía a cada uno de los concursantes y los nombramientos a los que hubo lugar, de conformidad con el número de cargos que se ofertaron, a saber 17 en la Regional de Nariño.

No obstante, por la culminación de la planta temporal que sería modificada para conformar una planta permanente de personal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que

se estableció a través del Decreto 1479 de 2017, se incrementó el número de cargos de Defensores de Familia, los cuales no fueron objeto de oferta en la citada Convocatoria 433 de 2016.

Por ello, esas plazas no pueden ocuparse con la lista de elegibles que aparece en la Resolución No. CNSC-20182230073625 de 2.018, porque el texto original del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, con fundamento en el cual se emitió la convocatoria No. 433, consagraba:

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.**

Dicha disposición al ser interpretada por la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011, reflexionó:

la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde **la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad**". (Se resalta)

Entonces, si después de la convocatoria No.433, la entidad contaba con otros cargos vacantes, que no fueron ofertados en la legal invitación para participar en igualdad de condiciones por ellos, para su provisión, necesariamente se debía convocar a otro concurso y no utilizar esa lista de elegibles para llenar las plazas creadas mediante el Decreto 1479 de 2017.

Quedaría la duda si la tesis jurisprudencial de raigambre constitucional sigue vigente en relación con la lista de elegibles después de la modificación que introdujo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, al numeral 4 del precitado artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

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

"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:
(...)

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

Como se aprecia, la norma en comento ya permite la utilización de las listas de elegibles, para proveer las plazas vacantes en las entidades públicas, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad, sin que interese si ellas se ofertaron o no.

Lo que sucede es que esta norma entró en vigencia el 27 de junio de 2019⁵ y el artículo 7 señaló **"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"**. (Negrillas fuera del texto original).

⁵ Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

Lo cual significa que, sus efectos son *ex nunc* y, en consecuencia, no pueden retrotraerse en el tiempo para regular situaciones jurídicas consolidadas, habida consideración que el Acuerdo No. CNSC 20161000001376⁶, se emitió el del 5 de septiembre de 2.016 y la lista de elegibles se publicó mediante Resolución No. CNSC-20182230073625 el 18 de julio de 2.018.

Incluso, así aceptáramos que, el registro de elegibles sólo quedó en firme después de la revocatoria al artículo 4º que hizo la Resolución No. CNSC-201822301156785 el 22 de noviembre de 2018, se seguiría concluyendo que, no resulta aplicable la modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, al numeral 4 del precitado artículo 31 de la Ley 909 de 2004, porque esta se expidió con posterioridad y, sus efectos se repite son *ex nunc*.

En ese sentido y con base en idénticas consideraciones a las aquí esbozadas ya ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia de tutela del 13 de abril de 2020, expediente No. 2020-00032 (9136), con ponencia de la Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón.

Por lo que, en armonía con ese precedente jurisprudencial y, todo lo que se ha venido sosteniendo, puede afirmarse que la CNSC y el ICBF no pueden utilizar las listas de elegibles previstas en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, para proveer mi empleo como Defensora de Familia que fue creado de forma permanente por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que éste no fue ofertado por la convocatoria No. 433 de 2016.

Aceptar lo contrario, implicaría transgredir mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al mínimo vital y móvil y a la buena fe (confianza legítima, seguridad jurídica, respeto al acto propio), porque iría en contravía de lo dispuesto en artículo 1º de la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018; el artículo 1º de la Resolución No. CNSC-201822301156785 del 22 de noviembre de 2018; el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria); el artículo 7º de la Ley 1960 de 2019; el Decreto 1894 de 2012; el Parágrafo único del artículo 62 del Acuerdo No. CNSV- 20161000001376 de 2016 y la sentencia SU-446 de 2011.

3.3. Pretensión subsidiaria.

En el evento de que el juez constitucional resuelva que el registro de elegibles previsto en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, sí puede ser utilizado para proveer las vacantes que no han sido ofertadas por la Convocatoria 433 de 2016; solicitó se ordene al ICBF y a la CNSC que adopte medidas **afirmativas** orientadas en “ser la última en ser desvinculada”, dada mi condición de madre cabeza de familia y de ser posible me reubiquen de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que hoy ocupo.

Lo anterior soportada en que, la Corte Constitucional, ha reconocido que cuando cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, sujeto de especial protección constitucional, “*concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa*”⁷.

En efecto, ha enfatizado que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las

⁶ por el cual convocó a “concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF”

⁷ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

madres y padres cabeza de familia⁸, a los que, debe propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa⁹.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. *“La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010**”.*¹⁰

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 *ibídem*), pido se ordene al ICBF y a la CNSV procedan con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar mis derechos fundamentales y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, me vinculen de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que vengo ocupando¹¹.

IV. Medida provisional.

El artículo 7 del Decreto 2591 contempla que¹², cuando el juez lo considere menester y apremiante, desde la presentación de la solicitud, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

⁸ En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

⁹ Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

¹⁰ Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: **“TERCERO.- ORDÉNASE** a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 - fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección. La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010**”.

¹¹ Sentencia T-462 de 2011. (MP: Juan Carlos Henao Pérez).

¹² Artículo 7. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional ha sostenido que: "*dichas medidas podrán ser adoptadas cuando el operador judicial las considere necesarias y urgentes, siendo en ese sentido una decisión discrecional que debe ser razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada*"¹³.

Para el caso objeto de examen, el ICBF "aseguró estar adelantando trámites administrativos y presupuestales y pendiente del pronunciamiento de la CNSC sobre la utilización la lista de elegibles actualizada"¹⁴ y en el aplicativo SIMO¹⁵, la CNSC reporta veintiséis (26) vacantes disponibles para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, es decir, nueve (9) plazas más de los que persigue proveer la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018.

Ahora, si aplican la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, a los cargos creados a través del Decreto 1479 de 2017, como al empleo que actualmente ocupo, me quedaría sin mi única fuente de ingresos para mi subsistencia y proveer lo necesario a mi hijo Sebastián Benavides Patiño, quien depende totalmente de mí.

4.1. Por ende y, en aras de evitar mi desvinculación abrupta y los perjuicios que se seguirían por esa actuación irregular, pido como medida provisional al señor juez la suspensión inmediata de la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, en lo que respecta a la provisión de cargos creados a través de del Decreto 1479 de 2017, como mí empleo.

Para estudiar la viabilidad de esta medida pido al señor juez que lo haga bajo en prima de la sentencia de tutela del 13 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, expediente No. 2020-00032 (9136), con ponencia de la Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, quien ya tuvo la posibilidad de zanjar esta discusión y sentar una regla *in genere*.

4.2. En caso de no acceder a esta medida provisional, ruego entonces que se ordene al ICBF y a la CNSC que adopte medidas **afirmativas** orientadas en "ser la última en ser desvinculada", dada mi condición de madre cabeza de familia y, de ser posible me reubiquen de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que hoy ocupo, tal y como lo ha dispuesto la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-446 de 2011.

V. PRUEBAS.

5.1. Documentales que apporto.

- Copia del Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2.016, la CNSC, convocó a "*concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF*".
- Copia de la Resolución No. 907 del 17 de febrero de 2017 "*Por el cual se hacen unos nombramientos en empleos de carácter temporal*".
- Copia de la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018 por la cual se Conforman la lista de elegibles para proveer diecisiete (17) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia,

¹³ Auto A-049 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Respecto de la adopción de medidas provisionales en procesos de tutela ver, entre otros, los autos: A-039 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, A-035 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, A-222 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y A. 419 de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero

¹⁴ Al respecto puede verse la contestación del ICBF dentro del fallo de tutela del 24 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Sala Tercera de Decisión Penal-, Radicado No. 2020-0002001, con ponencia del Magistrado Javier Iván Chavarro Rojas.

¹⁵ <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo> página consultada el 12/05/2020 a las 20:37 horas.

Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF-, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016.

- Copia de la Resolución No. CNSC-201822301156785 del 22 de noviembre de 2018 *“Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016 -ICBF-”*.
- Pantallazo de la aplicación SIMO de la CNSC en la cual se aprecia que para la Regional Nariño del ICBF se están ofertando veintiséis (26) empleos de del empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.
- Copia del denuncia presentado ante la Fiscalía General de la Nación, por las amenazas que recibí en contra de mi vida en la ciudad de Tumaco.
- Copia de mi cédula de ciudadanía.
- Copia del Registro Civil de mi hijo Sebastián Benavides Patiño.
- Declaraciones que refieren la calidad que ostento de madre cabeza de familia
- Copia del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva-Sala Tercera de Decisión Penal, el 24 de abril de 2020, radicación No. 2020 00020 01 con ponencia Magistrado Ponente: Javier Iván Chávarro Rojas.
- Copia del fallo de tutela proferido por el tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala de Decisión Penal del 19 de Febrero de 2019 con ponencia del magistrado

Objeto de la prueba. Demostrar a partir de las contestaciones del ICBF y de la CNSC los trámites administrativos que están adelantando para proveer las vacantes creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 con la lista de elegibles creada a partir de la Resolución No. CNSC - 20182230073625 DEL 18-07-2018

- Copia del fallo de tutela proferido por Tribunal Administrativo de Nariño, el 13 de abril de 2020, radicación No. 2020-00032 (9136) con ponencia de la Magistrada Aura Magola Montenegro Benavides.

Objeto de la prueba. Comprobar que la imposibilidad de utilizar listas de elegibles para vacantes que no fueron convocadas en un concurso, sin que se puedan retrotraer los efectos de la el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para regular situaciones jurídicas JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ.

5.2. Documentales que solicito.

- Pido que se oficie a la CNSV para que explique por qué en la aplicación SIMO¹⁶, se están ofertando 26 vacantes para el empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, cuando en la Resolución No. CNSC-20182230073625 del 18 de julio de 2.018, únicamente alude a la provisión de diecisiete (17) empleos de esa naturaleza.
- De igual forma, se oficie a la CNSC para que explique si esa diferencia de nueve (9) empleos corresponde a los cargos creados mediante el Decreto 1479 de 2017 y, con base en qué disposiciones adoptó esa determinación y, aporte el acto administrativo a través del cual lo hizo, ya que dentro de la normatividad que regula la convocatoria No. 433 de 2016, que se halla publicada en la página oficial no aparece¹⁷.

¹⁶ <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo> página consultada el 12/05/2020 a las 20:37 horas.

¹⁷ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-433-de-2016-icbf> Página consultada el 13/05/2020 a las 11.01 horas.

- Se oficie al ICBF para que allegue copia de la Resolución No. 7128 del 18 de agosto de 2017.

VI. ANEXOS.

Copia de la presente acción de tutela, para el archivo y juzgado.

VII COMPETENCIA

Los Jueces del Circuito de Pasto, son competentes, para conocer del asunto, por tratarse de una acción de tutela interpuesta contra dos autoridades públicas del orden nacional, según el artículo 2.2.3.1.2.1, del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

VIII JURAMENTO.

Manifiesto señor Juez, bajo la gravedad del juramento, que no he interpuesto otra acción de tutela por iguales hechos y derechos aquí relacionados, ni contra las entidades aquí tuteladas.

IX TRÁMITE

El trámite es señalado en los Decretos 2591 de 1991, y 306 de 1992, reglamentarios del Artículo 86 de la Constitución Política de la República de Colombia y demás normas concordantes.


X. NOTIFICACIONES.

La suscrita las recibirá en la calle 22 Nro. 1 – 30 apto 104 bloque D Edificio “Los Pinos” de esta ciudad. Celular 3103779434. De igual forma autorizo la notificación electrónica a los siguientes correos: julyaleja1@gmail.com o july.patino@icbf.gov.co

El ICBF recibirá notificaciones en el siguiente correo electrónico: notificaciones.judiciales@icbf.gov.co

Y la CNSC recibirá notificaciones en la siguiente dirección electrónica: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Atentamente;



JULY ALEJANDRA PATIÑO GUERRERO

C.C. No. 1085257342 de Pasto.

T.P. No.