

SEÑORES

JUZGADO CONSTITUCIONAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES (REPARTO)

E.S.D.

REFERENCIA:	Acción constitucional de tutela.
DERECHOS:	Al debido proceso, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de mérito
ACCIONANTE:	Nelcy Álvarez Castaño.
ACCIONADO:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.
VINCULADOS:	Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, miembros de la Lista de Elegibles de la OPEC 40168 y trabajadores sociales que se encuentren nombrados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el Centro Zonal Manizales 2 del ICBF.

EDÉN FÉLIX NIETO, abogado, mayor de edad, identificado con la cédula de extranjería número 391.421; y portador de la Tarjeta Profesional número 297.003 del C.S. de la J, actuando en nombre y representación, a través de poder que se adjunta, de la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.311.774, domiciliada en el municipio de Manizales, Caldas, me permito interponer **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA** en ejercicio de las facultades que otorgan tanto el mandato suscrito como el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991¹, 306 de 1992² y 1382 de 2000³, de la siguiente manera:

CONTENIDO

1. ENTIDADES ACCIONADAS – ENUNCIACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS – SOLICITUD DE VINCULACIÓN.....	2
2. FUNDAMENTO FÁCTICO.....	3
3. PRETENSIONES.....	9
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO	10
4.1. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela.....	10
4.1.1. Sobre la legitimación por activa.....	10
4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.....	10
4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.....	10
4.2. Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela... 15	

¹ “...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

² “...por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

³ “...por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.”

4.2.1.	Aplicación inmediata de la Ley 1960 del 2019 por vigencia normativa.	16
4.2.2.	Aplicación retrospectiva y preferente de la Ley 1960 de 2019.	18
4.2.3.	Comentarios sobre el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" con fecha del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).	20
4.2.4.	Sobre el efecto de los Principios de la Función Pública en los concursos de mérito y en la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, y un acercamiento al alcance de los nombramientos en provisionalidad.	21
4.2.5.	Sobre la Obligatoriedad de utilización de listas de elegibles para la realización de nombramientos en carrera administrativa. Análisis de las Sentencias C-288 de 2014 y C-618 de 2015.24	
4.2.6.	Sobre la colisión entre sujetos de especial protección constitucional en provisionalidad y personas en listas de elegibles.	27
4.2.7.	Sobre cómo se deben proveer los cargos en vacancia definitiva en el ICBF, y qué se debe hacer con los cargos en temporalidad y provisionalidad no ofertados en el concurso.	31
5.	EL CASO CONCRETO: CÓMO DAR CONTINUIDAD A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS ELEGIBLES DE LA OPEP 40168.	37
6.	PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA - DECLARACIÓN JURADA.	38
7.	PRUEBAS Y ANEXOS.	38
8.	NOTIFICACIONES.	40

1. ENTIDADES ACCIONADAS – ENUNCIACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS – SOLICITUD DE VINCULACIÓN.

La actual acción de tutela la presento en contra de la entidad de derecho público Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), quien operará como ENTIDAD ACCIONADA, representada esta por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, a fin de que sean salvaguardados los **DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO TRAS CONCURSO DE MÉRITO** de la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO**.

De igual modo se pretende que sean **VINCULADOS** al siguiente la entidad de derecho público Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), representada por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, pues la misma ha participado en la organización, preparación, coordinación y adelantamiento del Concurso de Mérito a través de la Convocatoria 433 de 2016, ha emitido conceptos y criterios interpretativos al respecto del modo y mecanismos de utilización de las Listas de Elegibles emanantes de la citada convocatoria, y debe ser partícipe de los procesos de nombramiento de los citados elegibles, ya que, en el caso concreto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de cara a utilizar la Lista de Elegibles de la OPEC 40168 de la Convocatoria 433 debe solicitar autorización a la CNSC y adaptarse a los procedimientos internos de la entidad.

Por otro lado, y al ser este un proceso de su entero interés, a través del presente Proceso Constitucional de Tutela se considera oportuno y necesario que sean vinculados al mismo todos los ciudadanos incluidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 40168 de la Convocatoria 433 de 2016 y todos los trabajadores sociales que se encuentren trabajando en el Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas del ICBF y que se encuentren nombrados bajo la categoría de provisionalidad, temporalidad o encargo y cuyos cargos hayan sido creados a través del Decreto 1479 de 2017 y hayan sido distribuidos a través de la Resolución 7746 de 2017. Todo ello ya no solo porque las personas mencionadas puedan tener interés legítimo en la resolución del problema ius constitucional que a través de la presente **acción de tutela** se está planteando, sino porque es posible que alguno de ellos pueda verse afectado por las decisiones que a través del presente proceso puedan tomarse.

2. FUNDAMENTO FÁCTICO.

PRIMERO: Mediante Acuerdo No. CNSC-2016000001376, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convocó a concurso 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 433 de 2016.

SEGUNDO: En el año dos mil dieciséis (2016) la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** se inscribió en la Convocatoria 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocatoria destinada a proveer plazas ofertadas en concurso para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, de la OPEC 40168, para la entidad de derecho público Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La accionante cumplió con todos los requisitos necesarios para formalizar su inscripción y realizó todas las pruebas de conocimiento y aptitudes que formaban parte del proceso, por lo que logró llegar al fin del proceso.

TERCERO: El día cuatro (04) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), a través del Decreto 1479 del mismo día, el ICBF suprimió la planta temporal creada durante los años 2015 y 2016, y modificó la Planta de Personal de la entidad a fin de dar entrada a la Planta Global de la misma a 3.737 nuevos empleados.

CUARTO: El día cinco (05) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), a través de la Resolución 7746 del mismo día, el ICBF redistribuyó los cargos creados a través del Decreto 1479, correspondiendo a la Regional Caldas 37 cargos como Trabajador Sociales, los cuales aún no han sido provistos de forma definitiva y este abogado desconoce cuántos fueron asignados específicamente al Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas.

QUINTO: Según dispone el articulado del Decreto 1479 y de la Resolución 7746, ambos de 2017, los cargos creados y correspondientes al puesto de Trabajador Social en el Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas debían ser provistos a través del procedimiento dispuesto por la Ley 909 de 2004 y sus respectivas modificaciones y el Decreto 1083 de 2015, es decir, haciendo uso de la Lista de Elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, OPEP 40168, ya que debe considerarse que esos cargos se encuentran en vacancia definitiva. Esa disposición, al respecto de los nombramientos

realizados en virtud del Decreto 1479, fue derogada por revocatoria del Artículo 4 de la Convocatoria del concurso, sin que hasta la fecha se conozca convocatoria para la disposición de forma permanente de dichas plazas, lo cual afecta gravemente al derecho al mérito de las personas que hayan podido concursar en la convocatoria 433 de 2016 y que no hayan podido ser nombrados en Carrera Administrativa al quedar en puestos inferiores a las plazas directamente ofertadas en la convocatoria en las Listas de Elegibles a pesar de haber superado todas las pruebas de conocimiento y actitudes del citado concurso de mérito y constatarse que tienen una expectativa legítima a ser nombrados para la cobertura de esos cargos en aplicación de la normativa vigente.

SEXTO: La señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO**, superó todas las etapas del proceso de selección citadas en el hecho segundo, obteniendo un puntaje final de 75.48 puntos. Las pruebas realizadas fueron: (i) pruebas básicas y funcionales para empleados misionales y transversales, (ii) pruebas de competencias comportamentales para profesionales de áreas o procesos misionales, (iii) prueba psicotécnica de personalidad y (iv) valoración de antecedentes.

SÉPTIMO. Mediante Resolución No. CNSC – 20182230073385 del dieciocho (18) de julio del dos mil dieciocho (2018) la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la Lista de Elegibles para proveer tres (03) vacantes del empleo público identificado con el Código **OPEC 40168**, denominado Profesional Universitario Código 2044, Grado 09, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria número 433 de 2016, en la cual a la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** se le asignó la posición cuarta (04) en la lista.

OCTAVO: La Resolución No. CNSC-2018-2020064195 dispone en su **artículo cuarto** que: "*Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se pueden cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados*".

NOVENO: Mediante Resolución No. 20182230156785 del veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), la Comisión Nacional del Servicio Civil dispuso revocar el **artículo cuarto** de todas las listas de elegibles de la convocatoria, incluida aquella para la que concursó la accionante. Esto supuso una afectación directa a la posibilidad de acceso a empleo público de todas las personas ubicadas en listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, suponiendo una modificación injustificada de las condiciones especificadas en el Acuerdo que dio inicio a la convocatoria y, además, una restricción de dudosa constitucionalidad del alcance del acuerdo citado, pues dispone un mecanismo contrario al espíritu de lo reflejado en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

DÉCIMO: El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en la cual, en su artículo 6 se consignó: "*El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2 (...) 3 (...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada*

por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

DECIMOPRIMERO: El día diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019) la accionante solicitó a través de Derecho de Petición, y en mención clara y expresa de la reforma de la Ley 909 de 2004 a través de la Ley 1960 de 2019, lo siguiente:

“PRIMERO: Si la situación planteada en la presente petición es la correcta y me encuentro dentro de las plazas próximas a proveer en el cargo de Profesional Universitario de la Opec antes mencionada. (40168).

SEGUNDO: Deseo conocer si a la Comisión Nacional del Servicio Civil ya se le informó de esta situación, y si se realizó solicitud para que se autorice la provisión de los cargos vacantes.

TERCERO: Deseo conocer en qué estado se encuentra la provisión de cargos vacantes en esta Regional, toda vez que me (sic) la vigencia de la lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016 tiene una vigencia de 2 años, término que se encuentra muy avanzado y deseo tener la oportunidad de ocupar alguno de ellos en Carrera Administrativa.”

DECIMOSEGUNDO: El día treinta y uno (31) de julio del dos mil diecinueve (2019) se recibió respuesta al citado Derecho de Petición, remitida por el señor CARLOS ENRIQUE GARZON GOMEZ, director de Gestión Humana, Sede de la Dirección General del ICBF. En la respuesta el director de la Oficina de Gestión Humana del ICBF negó que la Lista de Elegibles de la OPEC 40168, en la cual la accionante estaba en cuarto lugar, pudiera ser utilizada para proveer otras plazas que no hubiesen sido ofertadas específicamente en la Convocatoria, a pesar de que se tratara de vacancias definitivas surgidas con posterioridad al Acto Administrativo que dio inicio a la convocatoria y de que se trataran de empleos con misma denominación, ubicación geográfica, descripción y funciones, asignación salarial y grado de aquellos que fueron ofertados en el Concurso de Mérito.

DECIMOTERCERO: Evidentemente, la anterior respuesta inobservó lo planteado por la reforma de la Ley 909 de 2004 a través de la Ley 1960 de 2019, que es suficientemente clara al especificar que la Lista de Elegibles debe ser utilizada para proveer las vacantes para las que se realizó el concurso y las vacancias definitivas de cargos equivalentes no convocados que hayan podido surgir con posterioridad a la convocatoria.

DECIMOCUARTO: El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019) la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un “Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019”, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto por la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias definitivas en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

DECIMOQUINTO: El día dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal Superior del Valle del Cauca emitió fallo de segunda instancia en un proceso de tutela que puede entenderse paradigmático, ya que dispuso lo siguiente:

*“**TERCERO: INAPLÍQUESE** por inconstitucional, el “Criterio Unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 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 elegible opten, proceso que no podrá exceder el término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento de 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 comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° cns-201822300040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes.”*

DECIMOSEXTO: Consecuencia de la anterior providencia fue la publicación, el día dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020), de un nuevo *CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1969 DE 27 DE JUNIO DE 2019”*, en el que se especificó lo siguiente:

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

DECIMOSÉPTIMO: El día veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020) la accionante presentó un segundo Derecho de Petición a la Dirección de Gestión Humana del ICBF realizando las siguientes solicitudes:

*“Muy respetuosamente solicito ser **NOMBRADA EN PERIODO DE PRUEBA** en el cargo Profesional Universitario de la Regional Caldas, Centro Zonal Manizales 2 en virtud de que el decreto 1479 de 2017 y **ACLARACIÓN DEL CRITERIO UNIFICADO** respecto al uso de “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 29 de junio de 2019” emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*Lo anterior en virtud con los siguientes **HECHOS:***

(...) 03. (...) ‘... En ese sentido, y con el propósito de dar claridad sobre lo determinado en el criterio, respecto al uso de listas de elegibles expedidas y que vayan a expedir con ocasión

de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, se precisa que la expresión ‘vacantes ofertadas’ cubre tanto las que fueron objeto del proceso de selección como para las vacantes que se generen con posterioridad a la convocatoria y que correspondan a los ‘mismos empleos’, entendiéndose estos, los empleos que poseen los mismos componentes de: denominación, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones’.

04. Teniendo en cuenta los numerales anteriores, y en especial los retiros del servicio de algunas compañeras, que han cumplido sus requisitos para acceder a pensión de jubilación dejando vacantes sus cargos no convocados en la 433 de 2016, sin que hasta la fecha se hayan provisto los mismos.

05. Visto lo anterior y teniendo en cuenta que aplico en todos los criterios señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicito cordialmente se realice mi nombramiento en periodo de prueba para el empleo Profesional Universitario – Regional Caldas, Centro Zonal Manizales 2...”

DECIMOCTAVO: La Dirección de Gestión Humana del ICBF dio respuesta al Derecho de Petición citado en el hecho anterior el día doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020) de la siguiente manera:

“... En consideración con los anterior, para dar cumplimiento de lo allí previsto, el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero, en el que debe realizar la verificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones) y en el territorio nacional, situación que conlleva a realizar un análisis completo respecto de las diferentes variables que conforman el proceso.

Identificadas las vacantes, se realizará ante la CNSC la solicitud de uso de listas de elegibles en los términos definidos en la Ley, una vez la CNSC decida y comunique el resultado, e ICBF procederá a expedir los actos administrativos a que haya lugar según lo resuelto por la CNSC.

En ese orden de ideas, el ICBF reconoce el espíritu de la norma e iniciará los trámites y actuaciones, sin afectar la prestación del servicio.

En consecuencia, la entidad solo podrá acceder favorablemente a su solicitud previa autorización por parte de la CNSC, una vez se adelante el estudio respectivo...”

DECIMONOVENO: El día veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020) la accionante presentó un nuevo Derecho de Petición a la Dirección de Gestión Humana del ICBF solicitando lo siguiente:

“Muy respetuosamente solicito se me informe las vacantes existentes en la Regional Caldas del cargo Profesional Universitario, Código 2044, grado 9, tanto las liberadas por la convocatoria 433 como las creadas con posterioridad a esta, teniendo en cuenta la vigencia de la lista de elegibles para poder acceder a un nombramiento en carrera administrativa”.

VIGÉSIMO: La solicitud citada en el hecho anterior fue resuelta por la Dirección de Gestión Humana del ICBF de la siguiente manera:

“... En atención al derecho de petición mencionado en el asunto, a través del cual solicita información sobre las vacantes existentes para la Regional Caldas en el empleo Profesional

Universitario Grado 2044 Grado 9 Perfil Trabajador Social, de manera atenta me permito informarle que revisada la base de datos de la planta global de la entidad, a la fecha existe una (1) vacante definitiva.

La vacante se encuentra provista mediante nombramiento provisional con un servidor que tiene garantía de protección especial de pre-pensión...”

VIGESIMOPRIMERO: La respuesta al Derecho de Petición citada en el hecho anterior debe considerarse deficiente, ya que la misma no incluye los cargos creados por el ICBF virtud el Decreto 1479 de 2017 para el cargo Profesional Universitario Código 2044, Grado 9 Trabajador Social, y que también deben considerarse en vacancia definitiva en virtud de lo dispuesto por el Honorable Tribunal Superior del Valle del Cauca en la sentencia citada en el HECHO DECIMOQUINTO de la presente Acción de Tutela y lo dispuesto, en concordancia con la normativa vigente, tanto, en el propio Decreto, como en los criterios unificados de la CNSC al respecto de la utilización de las Listas de Elegibles.

VIGESIMOSEGUNDO: El día treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020) el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar publicó el Plan Anual de Vacantes Vigencia 2020 en el que disponen el procedimiento para cubrir las vacancias definitivas existentes y reconocen la existencia de las siguientes (sin especificar a qué código, grado y tipo de empleo se refieren):

<i>“Caldas</i>	<i>Defensor de Familia 3</i>
	<i>Profesional Especializado 3</i>
	<i>Profesional Universitario 16</i>
	<i>Secretario 1</i>
	<i>Técnico Administrativo 7</i>
<i>Total</i>	<i>30”</i>

VIGESIMOTERCERO: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se ha mostrado renuente a cubrir las vacancias definitivas existentes en su planta global de forma totalmente injustificada. Esta situación ha provocado un descenso en el número de trabajadores que se desempeñan en la entidad generando un menoscabo en las condiciones laborales de los servidores públicos que allí laboran y una bajada en la calidad del servicio ofrecido a los ciudadanos.

VIGESIMOCUARTO: Como consecuencia de lo anterior, en la Regional Antioquia del ICBF los funcionarios se vieron obligados a organizar un paro indefinido con el objetivo de que la entidad comenzara a la mayor brevedad el proceso de nombramiento de las personas en las Listas de Elegibles de cara a ocupar las vacancias definitivas existentes. Tras tres (03) días de paro indefinido finalmente se logró negociar un plan de contingencia destinado a dotar las vacancias existentes.

VIGESIMOQUINTO: Sin embargo, y a pesar de que la situación descrita en el hecho anterior también tiene lugar en otros departamentos del territorio nacional, como el de Caldas, por ejemplo, la Dirección Nacional del ICBF no ha iniciado los procedimientos necesarios para cubrir las vacancias definitivas existentes, lo cual no hace sino perpetuar la situación de vulneración al **derecho al mérito, igualdad y al debido proceso** de los elegibles en general y de la accionante en particular.

3. PRETENSIONES

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha dado el tratamiento que corresponde a las vacancias definitivas presentes en la Regional Caldas y el Centro Zonal Manizales 2 del ICBF para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 09, TRABAJADOR SOCIAL, y que corresponden al mismo cargo, misma denominación, mismas funciones, mismo grado y mismo salario que el de los empleos contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 40168 de la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, en la cual aparece la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** en cuarto lugar, sobre todo teniéndose en cuenta que, aparte de los cargos creados con el Decreto 1479 de 2017 y distribuidos a través de la Resolución 7746 de 2017, existe al menos una vacancia definitiva para el mismo cargo, misma función, misma zona geográfica, mismas funciones y misma denominación que aquel para el que concursó la accionante.

Así, el hecho de que no se hayan cubierto las vacancias definitivas existentes se constituye en vulneración de los Derechos Fundamentales de la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** invocados, ya que el propio **ICBF** ha reconocido la existencia de las vacancias mencionadas vía acto administrativo y, hasta el momento, se ha negado a iniciar el trámite que legalmente y constitucionalmente corresponde para la cobertura de dichas plazas, afectando este hecho a la expectativa legítima de la accionante y la del resto de personas de la Lista de Elegibles de la OPEC 40168 a ser nombrados para dotar esos cargos con personas en carrera administrativa.

Por todo lo expuesto, comedidamente me permito **SOLICITARLE** a nombre de mi mandante, lo siguiente:

PRIMERO: Que sean tutelados los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO TRAS CONCURSO DE MÉRITO** a la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO**,

Y que en consecuencia se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

SEGUNDO: Que proceda a dar el tratamiento que legamente corresponde a los cargos de Profesional Universitario Grado 09, Código 2044 Trabajador Social, dentro del área geográfica del OPEC 40168 que se encuentran en vacancia definitiva ocupados por funcionarios en provisionalidad, temporalidad o encargo y ordene la aplicación de la Lista de Elegibles en estricto orden de mérito.

TERCERO: Que, en caso de que lo considere oportuno, ordene al ICBF a comenzar el proceso para proveer todos los empleos creados en la Regional Caldas del ICBF a través del Decreto 1479 de 2017 y que en la actualidad se encuentran ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad, encargo o temporalidad en cumplimiento de lo dispuesto por el Honorable Tribunal del Valle del Cauca. En caso de que no lo estime conveniente se solicita comedidamente que fundamente constitucionalmente tal posición.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela.

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, me permito presentar lo siguiente:

4.1.1. Sobre la legitimación por activa.

Conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la **acción de tutela** solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Ésta puede actuar (i) por sí misma (ii) a través de representante legal, **(iii) apoderado judicial** (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (y) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal. Para el caso que nos ocupa, en este evento la accionante, la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** está actuando por medio de apoderado judicial en contra de la entidad accionada, en pro de la defensa de sus derechos e intereses; en consecuencia, se encuentra legitimada para interponer la presente acción constitucional.

4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.

A este respecto, dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o **amenaza** del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra **cualquier autoridad pública** y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros. En el asunto que se presenta, se dirige contra de la entidad de derecho público: **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, por lo que contra ésta procede la tutela.**

4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.

Se acude a la **acción constitucional de tutela** directamente por ser el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales de la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO**, pero sobre todo porque es el único eficaz ya no sólo por la honerosidad de la nulidad con restablecimiento del derecho, sino también porque es imperioso evitar el vencimiento de la Lista de Elegibles de la OPEC 40168, cuya vigencia es de dos años contados a partir del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018), lo cual implica que, como consecuencia de la negativa del ICBF durante casi los dos años de vigencia de la lista a adelantar los trámites dispuestos en la Ley

para dotar los empleos en vacancia con funcionarios nombrados en Carrera Administrativa a pesar de las múltiples solicitudes presentadas, estamos ante un caso claro de perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional Colombiana ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la Acción de Tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un perjuicio irremediable. Además, ha insistido en que sólo se puede acudir a la Acción de Tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los Derechos en situación de amenaza o vulneración mencionados.

A continuación se expone una **línea jurisprudencial**, ya realizada y analizada en otros procesos de raigambre constitucional, de lo expuesto por las salas de revisión de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en lo que respecta a los concursos de mérito y la posible vulneración de derechos fundamentales que emana de las situaciones provocadas por los mismos. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos **defendiendo la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, y lo ha hecho argumentando que la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, **no ofrece herramientas eficaces y expeditas ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos tras concurso de mérito.**

Considera la Corte Constitucional que, cuando el inciso tercero del artículo 86 de la carta política se refiere a que *"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..."*, como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violentado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa. En consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía⁴. Como se argumenta, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones en la anterior dirección. Un ejemplo de larga data es la Sentencia T-315 de 1998, en la que la Corte Constitucional refirió:

"... la Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de

⁴ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo de mayo 11 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción.

Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional...”. (negrillas propias)

Con posterioridad, en el fallo con radicado SU-133 de 1998, la Corte Constitucional señaló que existen circunstancias en las que los medios ordinarios no son los idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en **concursos de mérito**, destacando que:

“... así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata...” (negrillas propias)

Y en la misma dirección se pronunció en las Sentencias T-425 de 2001 y SU-613 de 2002, en las que afirmó:

*“... en un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que **procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos.***

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual **la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos**, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. **Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor**, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos...” (negrillas propias)*

Posteriormente, en su Sentencia SU-913 de 2009, consideró:

*“... que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, **el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales**, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal*

que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular...". (negritas propias)

Siguiendo nuestra línea temporal, encontramos la Sentencia T-606 de 2010 en la que se indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

*"... en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es **la acción de nulidad y Restablecimiento del derecho dilatan la obtención de los fines que persiguen.***

*Así mismo, **éstas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante...**" (negritas propias)*

Como conclusión preliminar, la Corte Constitucional apostilló que, aunque puedan existir otros mecanismos judiciales, para que sea exigible acudir a ellos, estos **deben tener la entidad y capacidad de excluir a la acción de tutela como mecanismo idóneo** para la protección de **derechos fundamentales** en referencia a **concursos de mérito**. Y se refirió en tal sentido argumentando que, en caso de no ser posible lo anterior, es evidente que **acudir a un proceso ordinario o contencioso-administrativo supondría una carga excesiva** que significaría, de por sí, una **vulneración a unos derechos fundamentales que, por su naturaleza, requieren siempre de una atención inmediata y eficaz.**

Veamos como la anterior tesis ha tenido impacto en las demás Altas Cortes. El Consejo de Estado a través del fallo de tutela número 25000-23-15-000-2010-00386-01 en segunda instancia afirmó que la acción de tutela puede desplazar las acciones ordinarias⁵ cuando de concursos de mérito y posterior nombramiento se tratase, por constituir el único medio protector de derechos constitucionales. Se traslitera lo siguiente:

*"... la **doctrina constitucional** ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales **al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, el Juez de Tutela ASUME competencia plena y directa,** aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, al considerar que el recurso de amparo puede **"desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto"**, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*

*Considera **la Sala, que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva y oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.***

*Por tal razón la jurisprudencia ha expresado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el***

⁵ Ver Consejo de Estado, sección segunda. Sentencia 15001-23-33-000-2013-00563-02 C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previo en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.

Estima entonces la Sala, que la acción de tutela del medio judicial idóneo para dar solución al problema planteado por el autor ..." (negrillas propias)

En otro caso en particular, el Consejo de Estado en **reiteración de la jurisprudencia constitucional** expuso que:

"... respecto a la procedencia de la acción constitucional frente a concurso de méritos, la Corte Constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela no es absoluto, sino que está restringido aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ocasiones se refleja con el desconocimiento de las listas de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad, la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quién ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad..." (negrillas propias)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene una firme tesis sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso de nombramiento de los que están en lista de elegibles. En concreto, en Sentencia STC 20877-2017 radicado 76001-22-03-000-2017-00521-02 del 12 de diciembre de 2017⁶, afirmó lo siguiente:

*"... aunque línea de principio, esta Sala ha sostenido insistentemente que los ataques contra las manifestaciones de voluntad de la administración debe dirigirse a través de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí que le esté permitido al Juez Constitucional inmiscuirse en tal vez fuera de competencia, la Corte Constitucional ha hecho excepciones a dicha regla, y ha manifestado que "en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato judicial, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales"*⁷. (negrillas propias)

La anterior tesis fue también sostenida por la Corte Suprema de Justicia en las siguientes Sentencias de tutela: (i) STC 10355-2018 radicado 11001-22-03-000- 2018-01217-01 del 10 de agosto del 2018, y (ii) STC 2353-2018 radicado 52001-22-13-000-2017-00306-01 del 21 de febrero del 2018⁸. Las mismas son, como se viene diciendo, reiteración de jurisprudencia constitucional. En ellas se utiliza la misma argumentación ya realizada en tanto que se declaró que:

⁶ M.P. Margarita Cabello Blanco.

⁷ Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015.

⁸ Ambas proferidas por el M.P. Ariel Salazar Ramírez.

“... tratándose de los procesos de selección de entidades públicas que se realizan mediante concurso de méritos, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que de manera excepcional procede la acción de Amparo si se constata la violación de derechos fundamentales; sin embargo, en tal evento, si los medios ordinarios de defensa previstos en la ley tienen la capacidad de ofrecer una solución integral al menoscabo, pero no con la prontitud que requiere el asunto, tela procederá como mecanismo transitorio hasta que sea resuelto el instrumento del derecho común; en cambio, si los mecanismos existentes en el ordenamiento positivo no están en posibilidad cierta de precluir de forma total la vulneración, la protección constitucional debe conseguirse de manera definitiva...”
(negrillas propias)

Como se muestra, es reiterado por parte de las Altas Cortes que las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos de los que integran la lista de elegibles que no son designados en el cargo pueden y deben ser solventadas vía acción de tutela

Y esta situación permite concluir que, según la jurisprudencia constitucional, la **acción de tutela** es un **instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa de conformidad con los resultados recogidos en las Listas de Elegibles** publicadas con razón de concursos de mérito, y lo es porque ésta acción de amparo constitucional no sólo tiene como objetivo la garantía de los derechos a la Igualdad, Mérito o Debido Proceso, **sino porque exige, en añadidura, la debida aplicación del artículo 125⁹ de la Constitución Política** y su desarrollo normativo.

Por lo tanto, **la vía para garantizar la defensa de los derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, al mérito y al debido proceso**, así mismo, como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, **y evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la acción de tutela** ya que, de acudir a las acciones contencioso-administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

4.2. Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela.

Sentado entonces que la tutela es viable en el caso concreto, su Señoría, se desplegará la argumentación en que se fundamentan las pretensiones de la presente Acción Constitucional de la siguiente manera:

⁹ Constitución de 1991, Artículo 125: “... 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.** El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. **PARÁGRAFO.** Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido...”

4.2.1. Aplicación inmediata de la Ley 1960 del 2019 por vigencia normativa.

A la hora de hablar del concepto de vigencia normativa es inevitable e ineludible acudir al análisis del de derogatoria normativa, proceso a través del cual las normas dejan de ser vigentes. Lógicamente, y antes de entrar en materia, es necesario aclarar que, tal y como expone el Código Civil en su artículo 71, una norma puede ser derogada de forma expresa o tácita.

De hecho, una derogación expresa tiene lugar cuando la nueva ley taxativamente lo establece, y es por eso que, por lo general, toda ley incluye al final un artículo que suele llamarse **derogatoria y vigencia**, en el cual expresamente se señala que artículos y que leyes se derogan con la promulgación de la nueva ley. En este supuesto no nos enfrentamos a ningún problema o margen interpretativo frente a la vigencia de las normas que han sido derogadas de esta manera. Es decir, no se requiere ninguna interpretación para determinan la vigencia o no de una ley anterior, sencillamente **se excluye de la legislación o de la normatividad las leyes y los artículos expresamente señalados en la nueva ley en el artículo correspondiente.**

Distinto es el caso que se presenta cuando **la nueva norma no manifiesta expresamente la derogación de una norma anterior**, lo cual hace necesario que acudamos a la comparación entre la nueva norma y la anterior a fin de evidenciar si resultan claramente opuestas y contradictorias y poder decretar la **derogatoria tácita** y determinar si es viable interpretar o no la vigencia de la norma anterior contradictoria con la nueva. Como hemos dicho, este es un caso claro de derogatoria tácita, la cual sucede cuando la **nueva norma contradice, pugna, o colisiona con la norma anterior. Cuando no es posible conciliar la norma nueva con la anterior.**

En ese sentido, se quiere aclarar que **la derogatoria tácita no necesariamente deroga toda la norma anterior, sino solo aquella parte que no sea posible conciliar, que sea claramente contradictoria.** Es más, la derogatoria tácita deja vigente en la norma anterior todo aquel aspecto que no riña directamente con la nueva norma. Es por esto que se da el caso e que una norma puede seguir parcialmente vigente, ya que mientras existan artículos que no sean contrarios al espíritu de la nueva norma, la anterior seguirá vigente en los aspectos conciliables con la nueva.

Siguiendo esto, y a fin de hacer aún más comprensible el planteamiento, existe un principio ya de vieja data (artículos 2 y 3 de la ley 153 de 1887), que establece el principio de la prevalencia de la ley posterior, y viene a ser el principio que da sustento a la derogatoria tácita, toda vez que cuando se expide una nueva norma, **esta derogará toda norma anterior que le sea contraria o se le oponga.**

En esa medida, ya acudiendo al caso concreto, como se anunció en los hechos, mediante Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre del 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil, dispuso revocar el **artículo cuarto** de todas las listas de elegibles de la convocatoria, usando como fundamento para ello que tal disposición (**artículo 4**) no se encontraba en consonancia con el Decreto 1894 de 2012 y el marco regulatorio fijado en el Acuerdo 20161000001376 del cinco (05) de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016, en particular en lo dispuesto en el párrafo del artículo 62 ídem. Para situar el debate, el contenido del **artículo cuarto** revocado tenía el siguiente tenor:

“... 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 méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza y conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dicha lista serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados...” (negrillas propias)

El párrafo del artículo 62 del Acuerdo 20161000001376 del cinco (05) de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016 tenía el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 62. (...) PARÁGRADO. Las listas de elegibles solo 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 éste se encuentre vigente.” (negrillas propias)

Esta misma idea está contenida y emana del Decreto 1894 de 2012, en el párrafo primero del artículo 1 que modificó el artículo 7 del Decreto número 1227 de 2005, en el cual se dispuso:

“... Parágrafo 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos...” (negrillas propias)

En este sentido, debemos citar el texto original de la Ley 909 de 2004, del artículo 31 numeral 4, que tenía la misma disposición -solo que de rango legal-, de la cual proceden las anteriores concepciones:

“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...” (negrillas propias)

Estando esto así, posteriormente se expidió la **Ley 1960 del 2019**, que modifica la **Ley 909 de 2004** y el Decreto Ley 1567 de 1998, y trajo consigo un giro de tuerca importante a la hora de analizar este problema jurídico. En ese sentido, es clave para resolver el problema jurídico planteado prestar especial atención a los artículos 6 y 7 de la Ley:

*“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2 (...) 3 (...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**”*

ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias...” (negrillas propias)

Como podemos ver, la Ley 1960 de 2019 dispuso la derogación de todas las disposiciones que fueran contrarias a lo expuesto en la misma, y lo hizo porque las mismas son **opuestas, contradictorias y colisionan** directamente con los postulados del artículo 6 de Ley 1960 del 2019, dado que regulan dos circunstancias de hecho idénticas atribuyéndoles efectos que contradictorios que suponen una pugna normativa sin que ésta pueda ser conciliada normativamente. Por otro lado, para reforzar esta tesis, el artículo 7 citado, nos presenta que la Ley 1960 del 2019 **derogará toda norma anterior que le sea contraria o se le oponga.**

En conclusión, en el caso concreto de la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO**, la norma aplicable será el artículo 6 de Ley 1960 del 2019, ya que el contenido normativo de: (i) parágrafo del artículo 62 del Acuerdo 20161000001376 del cinco (05) de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016; (ii) del Decreto 1894 de 2012 en el parágrafo primero del artículo 1 que modificó el artículo 7 del Decreto número 1227 de 2005 y (iii) específicamente el artículo 31 numeral 4 la Ley 909 de 2004; se encuentran **sin vigencia normativa, las dos primeras normas porque ha operado la derogatoria tácita por su alcance contrario a la norma con rango de Ley y la última por derogatoria expresa.**

4.2.2. Aplicación retrospectiva y preferente de la Ley 1960 de 2019.

La retrospectividad de la ley es un fenómeno que se presenta cuando la norma se aplica, desde que entra en vigor, a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior pero cuyos **efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa.** Este instrumento se concibe como un límite a la “*retroactividad de la ley*”, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas, y a la superación de situaciones abiertamente discriminatorias y lesivas del principio de justicia consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano que se fundamenta en los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en la sociedad. **Esta aplicación está permitida, salvo que la ley determine lo contrario de forma expresa e inequívoca.**

Desde la Sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional asumió como propio el anterior concepto y, en forma consistente, concibió la distinción entre derechos adquiridos y otras categorías jurídicas que permiten que nuevas leyes tengan efecto general inmediato. Dentro de éstas se destaca el **concepto de expectativas legítimas.**

De hecho, en ese sentido y en concordancia con lo expuesto, jurisprudencialmente se ha establecido que quien se **encuentra en lista de elegibles** tiene una **expectativa legítima** de ser nombrado cuando se llegue a generar una vacante, ya que sólo tiene derecho adquirido quién tiene posesión meritoria respecto al número de vacantes ofertadas.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2001 estableció lo siguiente:

“... las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata.

La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos...” (negrillas propias)

Lo anterior encuentra eco en la Sentencia T-110 del 2011, en la cual se reitera lo siguiente:

“... el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.

De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aun no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados...” (negrillas propias)

En esa misma línea argumental, el Consejo de Estado, en sentencia 56302 de 2014 insistió en lo siguiente:

“... frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, (...) Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues “la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho.” Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador “según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones...” (negrillas propias) (Como es el caso de la Ley 1960 del 2019)”

Si bien el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 expresa que la norma rige a partir de su publicación, es decir, hacia el futuro, lo concluido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es que, para este tipo de casos, donde una lista de elegibles aún tiene vigencia, tales

personas que no tienen posición meritória **tienen una mera expectativa** y, por ello, debe aplicárseles esta nueva norma de forma inmediata bajo el principio de retrospectividad.

En conclusión, la aplicación de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, en específico su artículo 6, en efecto retrospectivo, garantizará la salvaguarda de la Constitución Política, en especial su artículo 125, e imputará a una interpretación sistemática y constitucional a la normatividad que regula la carrera administrativa, máxime cuando el presupuesto de la referida norma es que: (i) se cuente con la lista de elegibles vigente, (ii) que no se tenga un derecho adquirido como es la situación de **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO, pues ostenta una mera expectativa de ser nombrada para cubrir unas vacancias definitivas que, según la documentación aportada en el presente proceso, existen.**

4.2.3. Comentarios sobre el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" con fecha del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).

En este concepto -que se anexa- la Comisión Nacional del Servicio Civil propuso como marco normativo para el uso de Listas de Elegibles las siguientes disposiciones legales y reglamentarias: (i) Ley 909 de 2004, (ii) Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017, y (iii) Ley 1960 de 2019. En el concepto se proponen los siguientes problemas jurídicos:

- (i) **"... ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?" y**
- (ii) **"¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?"**.

La CNSC al resolver el **primer problema jurídico** concluye que:

"... las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC..." (negritas propias)

Para el **segundo problema jurídico**, la CNSC refirió lo siguiente:

“El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"; junto con su aclaración." (negritas propias)

4.2.4. Sobre el efecto de los Principios de la Función Pública en los concursos de mérito y en la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, y un acercamiento al alcance de los nombramientos en provisionalidad.

En completo hilo con el anterior acápite, nuestro ordenamiento incluye un sinnúmero de normas que han de ser tenidas en cuenta dentro de la presente **acción constitucional de tutela**, habida cuenta que las mismas hacen mención clara y expresa a las garantías que constitucionalmente se especifican ya no sólo en lo que respecta a los derechos fundamentales de los trabajadores nacionales, sino también a la hora de confeccionar la normativa en la que debe enmarcarse las garantías que el Estado ofrece a los Servidores Públicos de cara a su desempeño y su posible acceso a los cargos a través de procesos de selección en forma de concursos de mérito. Además, en el desarrollo de estos procesos deben primar, ineludiblemente, los **principios de la función pública: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.**

Así, a fin de definir un marco interpretativo, en primer lugar, debemos acudir a lo que especifica el artículo 53 de la Constitución Política:

“... el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores...” (negritas propias)

El anterior precepto, aparte de especificar la necesidad de que el legislador dote al ordenamiento de un Estatuto de los Trabajadores, es claro al exigir que el mismo sea de corte garantista, permitiendo así que su regulación cristalice en la consideración del **derecho al trabajo como un derecho fundamental**, del cual pueden emanar garantías como la de “... *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...*”, garantía que debe ser aplicable en todos los casos y, por supuesto, en aquellos en los que se hace referencia a los procesos de nombramientos de funcionarios en Listas de Elegibles tras un concurso de mérito.

En adición al anterior precepto cabe añadir lo especificado por la Constitución Política en su artículo 125, y al que se ha hecho mención en el acápite anterior, ya que el mismo, aparte de especificar la obligatoriedad de que todo el empleo público sea ocupado por funcionarios de carrera, también es firme a la hora de reconocer que el medio de acceso al empleo público en carrera administrativa es y debe ser siempre a través de previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley, es decir, **la superación de concursos de mérito**.

Llegados a este punto, es importante, aparte de hacer mención a lo especificado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-288 de 2014, la cual se analizará más adelante, entender que el régimen de empleados de carrera administrativa, según el Departamento Administrativo de la Función Pública, impone una serie de requisitos que estos funcionarios deben cumplir y que están fuera del alcance de los servidores con nombramiento en provisionalidad.

Así, los trabajadores, para poder acceder a un empleo público en carrera administrativa, y así poder determinar que como aspirantes finalmente hagan parte de la Función Pública, han debido de dar cumplimiento a una serie de requisitos previamente establecidos de acuerdo al cargo al que aspiran y demostrar que cuentan con unas **específicas calidades y capacidades**. De hecho, estas personas **deben de haber culminado de forma satisfactoria un concurso de mérito**, y posteriormente deben haber sido nombrados en periodo de prueba y deben haberlo superado demostrando contar con las **actitudes, aptitudes y competencias necesarias para el ejercicio del cargo**. Y, además, para finalizar, se debe culminar su vinculación con la administración pública a través de su inscripción en carrera administrativa.

Evidentemente ésta es una serie de requisitos que los **funcionarios nombrados en provisionalidad no pueden cumplir**, por lo que **su nombramiento o permanencia** en un cargo en una situación de vacancia temporal o definitiva en la que una Lista de Elegibles está vigente **es totalmente improcedente**, generándose correlativamente una situación irregular y excepcional que debe ser solucionada a la mayor brevedad, pues de lo contrario se estarían contraviniendo los Principios de la Función Pública y el artículo 125 de la Constitución Política.

Además, debe entenderse que, partiendo de la premisa de que la provisionalidad o el encargo son una situación excepcional, el nombramiento de funcionarios a través de estas fórmulas para cubrir vacancias definitivas o temporales **deben ser siempre la última ratio**, ya que normativamente se define que la fórmula a utilizar debe **ser la del encargo y nunca por un periodo superior a seis (06) meses** a menos que no sea posible convocar a concurso de mérito¹⁰.

¹⁰ Ley 909 de 2004. Artículo 24: “... *El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses...*”

En relación con lo argumentado, el ICBF presentó en el año 2018 un Estudio Anual de Vacantes, el cual debía servir para, en aplicación de las Listas de Elegibles surgidas de la Convocatoria 433 de 2016, cubrir todas las vacancias definitivas en la entidad ocasionadas por retiro de servidores públicos, renuncias, fallecimientos o jubilación de los mismos. **En principio estas vacancias ascendían a una suma de 2.470 puestos** según lo reflejado el acuerdo No. CNSC 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016, pero con posterioridad la Dirección de Administración de la Carrera Administrativa de la CNSC¹¹ y la Dirección de Gestión Humana del ICBF¹² afirmaron que **además se cubrirían las 3.737 plazas creadas vía Decreto 1479 de 2017 a través de la utilización de las Listas de Elegibles** emanantes de la precitada convocatoria.

Y con acuerdo con lo recogido en el anterior Estudio de Vacantes 2018 y los compromisos adquiridos en él toda la normativa relacionada con la Convocatoria 433 de 2016, presentando el ICBF diversas resoluciones y planes estratégicos encaminados todos a dar cumplimiento con lo exigible legalmente de cara a cubrir las vacancias definitivas existentes en la entidad y que motivaron la convocatoria del concurso de mérito.

Así, entre otras, **en la Resolución No. 0036 del cinco (05) de enero de dos mil dieciocho (2018) el ICBF** especificó lo siguiente:

“... los servidores públicos en carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción tendrán la evolución de desempeño laboral de acuerdo al sistema de tipo ordenado por la comisión Nacional del servicio civil.

Derivado de la evaluación del desempeño laboral y una vez se cuente con la calificación correspondiente al periodo 2017-2018, serán utilizados estos resultados para los estímulos correspondientes, entre ellos la posibilidad de desempeñar un cargo superior en calidad de encargo.

*Para la provisión de los empleos correspondientes a la planta de personal de carácter permanente del ICBF, se **hará de manera definitiva mediante nombramiento producto del concurso de méritos** o transitoria mediante encargo o nombramiento provisional.*

Cuando de la lista de los elegibles elaborada como el resultado de un proceso de selección esta conformada por un numero menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección:

- Enfermedades catastróficas o algún tipo de discapacidad

- Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados e las normas vigentes

- Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia en la materia

***- Tener la condición de empleado amparado por fuero sindical...**” (negritas propias)*

Todo lo dispuesto en este acápite quedó presuntamente sin vigencia tras revocatoria del Artículo 4 del Acuerdo la Convocatoria 433 y la subsiguiente modificación de los Actos Administrativos

¹¹ Vía Oficio del 24 de agosto de 2018, con radicado 201808240048.

¹² Vía Oficio del 5 de enero de 2018, con radicado S-2018-004919-0101.

de cada una de las OPEC vía Resolución No. 20182230156785¹³, revocatoria a través de la cual se dispuso que vía la Convocatoria citada sólo podrían proveerse las plazas que específicamente habían salido a concurso, sin importar la existencia de plazas ocupadas por funcionarios en provisionalidad o en temporalidad tras la creación de empleos a través del Decreto 1479.

Sin embargo, esta anterior situación, que se tornaba desconocedora de los **principios de la función pública** e incluso contravino las directrices marcadas por la Corte Constitucional en su Jurisprudencia, acabaría siendo enmendada a través de la **promulgación de la Ley 1960 de 2019 y su artículo 6**¹⁴ que, para la generalidad de los concursos, viene a incidir en que en casos de **vacancia definitiva generada con posterioridad a la convocatoria de un concurso público de empleo, o de los empleos creados vía Decreto 1479 de 2017, dichos empleos debían ser provistos única y exclusivamente con las Listas de Elegibles vigentes para dicho tipo de empleo**, disposición que debe ser de aplicación directa para el caso concreto de la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** y del resto de vinculados a la presente acción de tutela.

Y todo lo anterior sirve, aparte de para contemplar cierta incongruencia en las disposiciones adelantadas por el ICBF y la CNSC con respecto a la Convocatoria 433 de 2016 y el destino de empleos creados con posterioridad a dicha convocatoria, para avizorar que el Legislador acabaría enmendando dicha incongruencia, disponiendo mediante mecanismos legales aquello que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha especificado como alcance de la normativa en lo que respecta a Concursos de Mérito.

4.2.5. Sobre la Obligatoriedad de utilización de listas de elegibles para la realización de nombramientos en carrera administrativa. Análisis de las Sentencias C-288 de 2014 y C-618 de 2015.

Todo lo argumentado en el anterior acápite debe ser interpretado en relación con lo analizado por la Corte Constitucional en sentencia C-288 de 2014, la cual analizó la constitucionalidad de la Ley 909 de 2004 en relación con los concursos de mérito, la conformación de las Listas de Elegibles y la provisión de los cargos de carrera administrativa tras concursos de mérito insistiendo en que cualquier actuación a realizar o decisión a tomar debe ir en concordancia y respeto de los Principios de la Función Pública.

Así, en su mención a la utilización de la Listas de Elegibles en referencia a lo conceptualizado por la Ley, la citada sentencia afirma que “... según lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la entidad encargada de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y de remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Si bien los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de

¹³ Resolución No. 20182230156785, artículo 1: “Revocar la disposición contenida en el artículo 4 de los siguientes actos administrativos (...) OPEC 34264...”

¹⁴ Ley 1960 de 2019, artículo 6 que modifica artículo 31 de Ley 909 de 2004: “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 méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

estos empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil...” lo cual insiste en la **obligatoriedad de la utilización de las Listas de Elegibles** para cubrir cargos de carrera que se encuentren en vacancia temporal o definitiva cuando haya listas vigentes para dicho empleo público, lógicamente dándole el tratamiento oportuno a cada tipo de vacancia.

Ya en su análisis jurídico de la constitucionalidad de la Ley 909 de 2004, la citada sentencia profundiza en la finalidad de la utilización del concurso público como herramienta de acceso al empleo dentro del organigrama del Estado, aclarando la Corte que en el caso de que no sea posible realizar concurso de mérito para ocupar vacantes de empleo público, o habiendo quedado vacantes tras la anterior realización de un concurso, **la única actuación constitucionalmente legítima sería la de utilizar las Listas de Elegibles**, ya que este acto permitiría al Estado no desconocer requisitos esenciales del empleo público como son **el mérito y los principios de la función pública**. Y lo anterior se haría a través de:

*“... la medida creada para garantizar el principio de eficiencia de la función pública en circunstancias excepcionales en las cuales no sea posible realizar un concurso público es la creación de un **procedimiento especial** compuesto de dos (2) fases que se consideran **idóneas** para garantizar la finalidad pretendida...”* (negrillas propias)

El procedimiento mencionado, lógicamente, sería el de acudir a la utilización de Listas de Elegibles para la provisión de los cargos vacantes o no ocupados definitivamente, ya que a través del mismo se cumpliría con el: *“... principio de **necesidad**, en el sentido de que no existen medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados. **En este sentido, la alternativa a la realización del concurso es la utilización de la lista de elegibles**, la cual se contempla en la propia norma y **solamente de manera subsidiaria** se podrá realizar el proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos contemplado en la norma...”*

Y de igual modo, al acudir a la utilización de las Listas de Elegibles para la provisión de cargos vacantes se estaría dando cumplimiento a la **obligatoriedad de aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto**, el cual cristaliza, según la Corte Constitucional, en lo siguiente:

*“... la interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es **constitucional**, pues **permite delimitar la actuación de la administración pública**. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros:*

- (i) *Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004.*

- (ii) *En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad...*” (negrillas propias)

Sin embargo, este análisis de constitucionalidad es incompleto si no lo realizamos observando el respeto de Derechos Fundamentales con efecto en el Trabajo como son el, evidente, **mérito y la igualdad** (en sus múltiples vertientes). Así es como la Corte Constitucional profundizó en la necesidad de respetar los **principios de la función pública** en lo que respecta al acceso a los cargos públicos en su Sentencia C-618 de 2015, en la cual se define el alcance y repercusión de la temporalidad o libre nombramiento y remoción como formas de contratación en el Sector Público.

De hecho, la Corte Constitucional considera en su análisis del año 2015 que la inobservancia del mérito como requisito para la contratación de servidores públicos o su vinculación a la Carrera Administrativa “... **compromete el respeto debido a los derechos de los trabajadores** previstos en el artículo 53 (de la Constitución)¹⁵, predicables de los servidores públicos aún sometidos a la temporalidad, y también del derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 40.7¹⁶ de la Constitución...”, y lo hace en contravía de lo que dispone la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁷, la cual contempla que las personas deben acceder en igualdad a “... **todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción de aquella de sus virtudes o talentos...**”.

Profundizando en su análisis del alcance del **derecho fundamental a la igualdad**, la Corte Constitucional en la precitada providencia expuso que la especificación de la calidad y mérito que deben cumplir los candidatos a desempeñar empleo público no es más que una materialización del mismo, ejemplificada a través de su vertiente de la igualdad de trato en forma de que “... **el ingreso a los empleos se debe ofrecer sin discriminación alguna de ninguna índole...**” y permitiéndose por imperativo legal que todos los aspirantes participen de los procesos de selección en igualdad de condiciones, realizándose la selección y clasificación de los mismos por motivos justos y justificados que sirvan como baremo de acreditación de mayores actitudes y aptitudes.

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional considera que la igualdad de oportunidades también debe solidificarse a través de la consolidación de un mismo punto de partida para todos los candidatos a desempeñar un empleo público, confirmándose de este modo que “... **las autoridades no pueden otorgar tratos preferentes o privados de justificación objetiva...**” **pues estos operarían en contravención ya no sólo de los principios de la función pública, sino de los principios constitucionales que se articulan a través de los artículos 40, 53 y 125 de la**

¹⁵ Constitución Política. Artículo 53: “... el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: **Igualdad de oportunidades para los trabajadores**; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo**; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad...”

¹⁶ Constitución Política. Artículo 40-7: “... **acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse...**”

¹⁷ Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano (1789). Artículo 6: “... **la Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes...**”

Constitución Política. Además, aparte de que todos los candidatos puedan participar de un concurso de mérito desde un mismo punto de partida, también se garantiza que los requisitos exigidos sean los mismos para todos sin que sea posible “... *incluir ítems de evaluación para algunos aspirantes y no para todos...*” o permitir mecanismos de evaluación o calificación para alguno de los candidatos en detrimento de los utilizados para el resto.

De hecho, sostiene la Corte en su providencia que el desconocimiento del mérito significa la desatención “... *de otros contenidos constitucionales, entre los que se encuentran concernientes a los fines del Estado*¹⁸...”, entendiendo que cualquier actuación que implique falta de imparcialidad en un proceso de selección vía concurso de mérito, o la inaplicación del mismo en casos de vacancias definitivas, **implicará que la función pública no podrá estar al servicio del interés general.** Además, apostilla la providencia que esta contravención pone en cuestión la eficiencia y eficacia del Servicio Público, lo cual entra en sonora colisión con el artículo 209¹⁹ de la Constitución Política en el que se solidifican los Principios de la Función Pública.

Para finalizar su análisis con respecto de la importancia del mérito en la selección de los servidores públicos, la Corte Constitucional expone en su fallo que todo proceso de mérito debe desarrollarse en respeto de los principios constitucionales y derechos fundamentales, y que toda regulación legal, que venga a desarrollar los citados principios y derechos en respecto de los procesos de selección vía concurso de mérito, debe ser de obligada observancia en concordancia con las normas citadas y **sin que sea admisible una aplicación parcial pues podría significar el beneficio de un individuo en perjuicio del resto de ciudadanos**, lo cual es inadmisibles en nuestro Estado y un ataque frontal a nuestro ordenamiento.

4.2.6. Sobre la colisión entre sujetos de especial protección constitucional en provisionalidad y personas en listas de elegibles.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido clara al recordar que los funcionarios nombrados en **provisionalidad** no son beneficiarios de una Estabilidad Laboral Reforzada *stricto sensu* sino que **debe reconocérseles una Estabilidad Laboral Relativa**, y siempre a través del cumplimiento de los requisitos especificados legalmente.

Ahora bien, en el caso de que tras concurso de méritos pueda existir vulneración de Derechos Fundamentales de los empleados nombrados en provisionalidad, y con el objetivo de dar protección a derechos que de ser desconocidos puedan provocar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional y administrativa **debe contemplar y contempla mecanismos**

¹⁸ Constitución Política. Artículo 2: “... *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*”

¹⁹ Constitución Política. Artículo 209: “... *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley...*”

basados en la ponderación encaminados a que el reconocimiento del derecho a ocupar la plaza de carrera obtenida por concurso de méritos no signifique el menoscabo de un Derecho Fundamental que no se basa en una simple expectativa sino que cuenta con una protección con base legal por su trascendencia.

Así es como, por ejemplo, el Consejo de Estado en su Sentencia 2016-00877-01 aclara que en un concurso de méritos en el que se desconoce la Estabilidad Laboral de empleados nombrados en provisionalidad puede provocar el menoscabo de derechos como la Vida Digna, al Debido Proceso, la Seguridad Social y la Salud.

Además, el Consejo de Estado, en el fallo anteriormente citado, nos remite a la Sentencia de SU-446 de 2011, donde la Corte Constitucional, aparte de definir el concepto de Estabilidad Laboral Relativa, aclara que la Estabilidad Laboral, por su raigambre constitucional, ofrece mayor protección a Derechos Fundamentales:

*“... los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que **sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera**, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, **no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios**, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos...”* (negritas propias)

En adición a lo anterior es importante contemplar lo que la Corte Constitucional reza en su sentencia T-186 de 2013 con respecto de la Estabilidad Laboral Relativa que corresponde a los sujetos de especial protección constitucional, entre los que se encuentran los servidores públicos próximos a pensionarse. Así refiere con respecto de la ponderación a realizar en caso de colisión entre Derechos Fundamentales:

*“... se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre 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...**”*

“... la problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al

*aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario **entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional**. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto **no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto**. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, **el cual no afecte el núcleo esencial** de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante...” (negrillas propias)*

De hecho, para definir cómo actuar en caso de colisión de Derechos Fundamentales entre trabajador en provisionalidad y personal nombrado a través de concurso de méritos, y explicando los parámetros de ponderación a los que se ha hecho mención con anterioridad, la misma sentencia aclara:

*“... la jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que **las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales** de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual **se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante...**” (negrillas propias)*

De los anteriores extractos se desprende la insistencia en que la Estabilidad Laboral Relativa de sujetos de especial protección cuenta con fuerza y amparo constitucional y en la necesidad de realizar ponderación en caso de colisión de sus Derechos Fundamentales con los que puedan pertenecer a los sujetos incluidos en Lista de Elegibles, siempre con vistas a que la entidad pública logre mantener en el empleo o en uno de similares características al sujeto de especial protección constitucional hasta que alcance o cumpla los requisitos exigibles para acceder a su pensión por jubilación pero garantizando, evidentemente, **el derecho que tiene la persona en Lista de Elegibles a acceder al empleo objeto del concurso de mérito**.

Con respecto del derecho que poseen los sujetos de especial protección constitucional para poder seguir trabajando hasta que puedan acceder a su pensión por jubilación, la Corte Constitucional afirma lo siguiente en su sentencia T-326 de 2014:

“... si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)...” (negrillas propias)

Y nos vuelve a remitir a la SU-446 de 2011 cuando refiere lo siguiente con respecto de un concurso de mérito adelantado en la Fiscalía General de la Nación:

“... sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose 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) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando...” (negrillas propias)

Y en el acápite resolutorio recoge **una fórmula ponderada a aplicar en caso de colisión de los Derechos Fundamentales** del Elegible que ha superado el concurso de mérito (el cual debe acceder al cargo en todo caso y sin excepción) y un sujeto de especial protección constitucional que ocupa una plaza en provisionalidad:

“... Segundo. - DEJAR SIN EFECTOS parcialmente la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá, en lo relativo a la declaratoria de insubsistencia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) y, en consecuencia, ORDENAR al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, designar en provisionalidad a la señora Ana Isabel Velásquez Arias en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones...” (negrillas propias)

Para finalizar, con respecto de cómo deben actuar las entidades públicas en caso de que nombramientos tras concurso de méritos puedan menoscabar Derechos Fundamentales de sujetos

de especial protección constitucional, como es el caso concreto de las madres cabeza de familia, que ocupen cargos en provisionalidad, la Corte Constitucional afirma lo siguiente en su sentencia SU-691 de 2017:

“... cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación: 1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia. 2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera...” (negritas propias)

A modo de síntesis de los anteriores extractos jurisprudenciales, en el caso de que un sujeto beneficiario de Estabilidad Laboral Relativa ocupe un cargo público en situación de provisionalidad que ha sido ofertado en un concurso de mérito, o que se encuentre en situación de vacancia definitiva, **la entidad pública en cuestión debe garantizar el acceso al puesto ofertado al Elegible que ha superado el concurso y también la permanencia en el empleo al sujeto de especial protección constitucional** hasta que adquiera el derecho a pensionarse, si se trata de un prepensionado, o hasta que se hayan posesionado todos los elegibles en el resto de plazas ofertadas, situación que implica que el **provisional con Estabilidad Laboral Relativa sea el último en ser desvinculado**.

Evidentemente el ideal, y la situación que proponen los máximos órganos jurisdiccionales del Estado y el Departamento Administrativo de la Función Pública, es que la entidad pública realice un estudio de las personas que ocupan las vacancias definitivas o temporales antes de formalizar la convocatoria del concurso de mérito, intentando que las plazas ocupadas por los sujetos de especial protección constitucional no sean ofertadas en el concurso hasta que se hayan materializado los mecanismos que permitan garantizar los Derechos Fundamentales de éstos.

Sin embargo, esto no es lo que ha ocurrido en el ICBF con respecto de la Convocatoria 433 de 2016, por lo que en el siguiente acápite se analizará cómo deben proveerse los cargos en vacancia definitiva tras la citada convocatoria y cómo debe procederse con los trabajadores que se encuentran en provisionalidad o con vinculación temporal en cargos ofertados, ya sean de especial protección constitucional o no.

4.2.7. Sobre cómo se deben proveer los cargos en vacancia definitiva en el ICBF, y qué se debe hacer con los cargos en temporalidad y provisionalidad no ofertados en el concurso.

Como se ha enunciado con anterioridad, ante situación de vacancia definitiva la legislación y la jurisprudencia constitucional definen con claridad cuál debe ser el proceder de cara no sólo a cubrir dicha vacancia, sino también frente al trato que se debe dar al funcionario que se encuentra en

dicha plaza a través de la fórmula del encargo o bien a través de la vinculación a la carrera administrativa a través de la provisionalidad.

Ante cualquiera de las dos situaciones planteadas, que constituyen las fórmulas de cobertura de las vacancias en caso de imposibilidad de realizar concurso de mérito, es importante señalar que ambas constituyen facultades que pertenecen a la administración y que materializan el margen discrecional y de autogestión de la misma, pero operan como **posibilidad con carácter excepcional y siempre desde una perspectiva temporal que no puede tener vocación de continuidad.**

Así lo define el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004²⁰, en el que, entre otras cosas, el legislador aclara que el **encargo es la figura a utilizar para cubrir las vacancias definitivas** en el momento en el que no se pueda llevar a cabo un concurso de mérito, **y que la provisionalidad es la fórmula subsidiaria que opera como ultima ratio** debiendo atenerse a los mismos mecanismos de funcionamiento del encargo, para el cual define que **no puede alargarse por más de seis (06) meses**, tiempo en el que la entidad debe definir el mecanismo de selección a fin de dotar de forma definitiva, y con un funcionario de carrera, la plaza que quedó vacante.

Esta norma, la cual puede parecer que cuenta con unos mecanismos interpretativos sencillos, ha sido materia de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y de desarrollo por parte del Legislador, pues el nombramiento en provisionalidad para cubrir vacancias definitivas se ha convertido en una fórmula muy usada por la administración del Estado a pesar de constituirse, teóricamente, como la última herramienta a utilizar. Así, un gran número de servidores públicos se encuentran vinculados a través de esta herramienta, lo cual, obviamente, ha generado situaciones de posible vulneración de Derechos Fundamentales y de colisión entre sujetos en provisionalidad con consideración de Especial Protección Constitucional y personas en Listas de Elegibles emanantes de concursos de mérito convocados para cubrir las vacancias en cuestión.

En cuanto al desarrollo legislativo, es muy importante tener en cuenta lo recogido por el Decreto 1083 de 2015, el cual fue adicionado por el Decreto 648 de 2017, ya que el mismo no solamente aclara cómo deben proveerse las vacancias definitivas, sino que también define el orden en el que se debe acudir a cada uno de los funcionarios con derechos de carrera para ocupar las plazas en vacancia definitiva antes de acudir a la provisionalidad, y define, de forma somera, el alcance de las Listas de Elegibles en estos supuestos. Lo hace así:

²⁰ Ley 909 de 2004. Artículo 24: "... Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. **El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.** El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva..."

“... **ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas.** *Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

1. *Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*

2. *Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

3. *Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

4. *Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004...” (negrillas propias)*

Como se ha podido ver, el Decreto 1083 de 2015 es claro y tajante a la hora de especificar que **las vacancias definitivas deberán ser cubiertas con personas seleccionadas a través de concursos de mérito**, y solamente en caso de que no se haya podido llevar a cabo uno, o de que no haya una Lista de Elegibles vigente, es que será aceptable el nombramiento, o la permanencia, mediante encargo o provisionalidad, aclarando siempre que estas fórmulas serán transitorias y excepcionales, de lo cual emana que **no es aceptable la continuidad de estos nombramientos si ya se ha celebrado concursos de mérito y hay Listas de Elegibles vigentes**. Más adelante, el Decreto aclara en qué momento se podrá acudir al encargo o a la provisionalidad, y define que durante su vigencia las Listas de Elegibles podrán ser utilizadas para cubrir las vacancias definitivas que se generen para los cargos para los cuales haya sido convocado el concurso de

mérito, lo cual, en concordancia con todo lo que se ha expuesto hasta el momento, respeta de forma escrupulosa los Principios de la Función Pública.

Profundizando un poco más en el desarrollo legislativo, y al respeto de las competencias para con los procesos de concurso de mérito que pertenecen a la CNSC, el legislador en el Decreto 4968 de 2007²¹, aparte de definir las facultades que pertenecen a la Comisión en lo que respecta a convocatoria y veeduría de procesos de selección, ajustó aún más el alcance del nombramiento a través de encargo o provisionalidad, **insistiendo en la excepcionalidad y transitoriedad de las figuras** y en la necesidad de convocar concurso a fin de ocupar las vacancias definitivas a la mayor brevedad, **ya que estos nombramientos no se pueden alargar por un tiempo mayor a seis (06) meses**. Evidentemente el legislador faculta a la entidad para prorrogar dichos nombramientos si no ha sido posible celebrar el concurso de mérito, **pero dicha prórroga debe estar justificada y no puede permanecer si hay Listas de Elegibles vigentes**.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aclarado múltiples puntos controversiales en lo que respecta a la vocación de continuidad de los encargos o nombramientos en provisionalidad, de cuándo son aceptables estos y de cómo se debe proceder en casos de colisión de Derechos entre Elegibles y provisionales en situación de especial protección constitucional. El pronunciamiento paradigmático se realizó a través de la Sentencia C-288 de 2014, a la cual ya aludimos en un anterior acápite, pero también es importante analizar otros posicionamientos pues van a ayudar a entender la vulneración para con el Derecho al Mérito, y los otros anexos, que se está ocasionando a mi poderdante tras la Convocatoria 433 de 2016 en el entendido de que **persisten vacancias definitivas para el cargo de Trabajador Social en el Centro Manizales 2 y otros de la Regional Caldas que aún no han sido cubiertas desatendiendo la legislación vigente, es decir, utilizando las Listas de Elegibles de la Convocatoria 433 de 2016**.

Recientemente, en su Sentencia T-096 de 2018, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de aclarar la procedencia de los nombramientos en provisionalidad (“... cuando se presenten **vacancias definitivas o temporales** y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración...”)²¹ añadiendo que “... si bien es cierto que el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador...”, lo cual conmina a las entidades del Estado a ocupar las vacancias existentes con funcionarios de carrera que hayan accedido al derecho a través de concurso de mérito y a **fundamentar sus decisiones en respeto de la Ley**.

Más adelante, en la misma Sentencia la Corte Constitucional aclara, en concordancia con la línea marcada por las Sentencias C-288 de 2014, SU-447 de 2011 y SU-691 de 2017, a las cuales ya se

²¹ Decreto 4968 de 2007. Artículo 1º: “... Modifícase el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así: (...)

En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

(...) El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado...”

ha hecho mención con anterioridad, que **cabe la desvinculación de los funcionarios con nombramiento provisional tras concurso de mérito** (“... sólo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la Ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de mérito...”) y que la única carga para el responsable de la Entidad Pública **debe ser exponer las razones existentes en el acto de desvinculación, siempre con respeto a la ley**, “... como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública...”.

Por otro lado, en su Sentencia SU-054 de 2015 la Corte Constitucional establece pautas de interpretación normativa que son de notable interés, ya que insiste, entre otras cosas, en que la vinculación provisional **no puede ser nunca superior a seis (06) meses** cuando refiere que “... sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (06) meses, que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad...”.

Además establece una posición fundamental y favorable a las personas en la Lista de Elegibles de la Convocatoria 433 de 2016 cuando define que “... un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad **por más tiempo del autorizado legalmente debe ser desvinculado como lo ordena la norma**, siempre que la administración cumpla con la obligación de iniciar el concurso de mérito para proveer la plaza definitivamente, ya que de no ser así los cargos estarían destinados a quedarse disponibles...”. Y es fundamental para el caso que nos ocupa pues define, en otras palabras y en concordancia con todo lo que se ha expuesto, que es inaceptable que permanezcan funcionarios con nombramiento en provisionalidad ocupando vacancias definitivas si hay una Lista de Elegibles vigente y aplicable al cargo en cuestión tras la convocatoria de un concurso de mérito.

De hecho, la Corte se permite valorar en su providencia que la predilección del Estado por la provisionalidad como forma de vinculación supone una situación a “... remediar...”, ya que los empleados provisionales “... solo pueden ocupar cargos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que implican una separación temporal de los mismos y cuando no sea posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera...”, lo cual convierte en irregular la permanencia de cualquier funcionario nombrado en provisionalidad que se mantenga en su cargo ocupando una vacancia definitiva generada con posterioridad a la publicación de la Convocatoria 433 de 2016 si hay Lista de Elegibles con personas disponibles para su designación, como sucede en el caso concreto.

Y finaliza su posicionamiento la Corte de forma clara y tajante, afirmando que:

*“... aunque en la práctica se dé para los casos en los que medie la separación definitiva (tales como la renuncia, jubilación, y retiro); y se insiste, **no sea posible proveerlo mediante la figura del encargo, mientras se surte el concurso de méritos**. Esto con el ánimo de no generar traumatismos en la administración (...) **No siendo aceptable que se desvincule al servidor público provisional por motivos diferentes a los anteriores para que el cargo sea ocupado por otro provisional...**” (negrillas propias)*

Cambiando de tercio, el Departamento Administrativo de la Función Pública también se ha pronunciado al respecto de asuntos en relación con la provisionalidad y los concursos de mérito,

y lo ha hecho en concordancia con lo extraído en relación de las posiciones de la Corte Constitucional. Así, en el Concepto 102441 de 2015, la entidad afirmó que es admisible retirar a funcionarios en provisionalidad para asignar sus puestos a personas de las Listas de Elegibles y lo argumentó de la siguiente manera:

“... de acuerdo con lo señalado y en atención a su inquietud, se considera que el retiro de los empleados con nombramiento provisional deberá hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, teniéndose como motivación constitucionalmente aceptable argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto...” (negrillas propias)

De la anterior afirmación extraemos que es aceptable la desvinculación de funcionarios en provisionalidad si tal desvinculación está fundamentada y soportada por el nombramiento en carrera de personas en Listas de Elegibles, y que lo es, además, porque a través del nombramiento del elegible se estaría **proveyendo el cargo de forma definitiva**, el cual debe ser el objetivo de la administración siempre que sobrevengan vacancias definitivas.

Por otro lado, y con ocasión de nombramientos para vacancias temporales, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en su Concepto 94751 de 2016, insistió en el alcance de la figura del encargo y cómo **la provisionalidad sólo es aceptable como figura subsidiaria, supletoria y excepcional**. Concretamente, lo hizo mencionando el Decreto 1083 de 2015 y su Artículo 2.2.5.3.3, aludiendo a que “... en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones que las originaron...”.

Además, el precitado concepto tiene un importante impacto en el caso que nos ocupa ya que definió lo siguiente:

“... advirtió además que, si bien las entidades tienen la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través del nombramiento en provisionalidad, deben en todo caso salvaguardar el derecho preferencial que otorga la carrera a sus titulares, al tenor de lo señalado en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 o en las reglas especiales de cada régimen específico, con el fin de proveer esas vacantes.

En este orden de ideas, los empleados públicos que fueron nombrados en cargos de carrera administrativa sin que hubiera mediado un concurso de mérito, se encuentran en condición de provisionalidad, situación que deberá mantenerse hasta que se efectuó el nombramiento en periodo de prueba, en los términos del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, es decir, hasta cuando los cargos hayan sido convocados a concurso, en el caso de vacancia definitiva, y en caso de vacancia temporal hasta cuando se finalice la situación administrativa que le dio origen...” (negrillas propias)

Junto con todo lo anterior es importante tener en cuenta los pronunciamientos o posicionamientos realizados por el ICBF y la CNSC con respecto de la Convocatoria 433, la situación de los provisionales y los cargos de carrera creados en el año 2017 tras la supresión de la Planta Temporal, ya que los mismos aclaraban cuál iba a ser el proceder con respecto de la Convocatoria, y lo hacían desde un escrupuloso respeto de la legislación y la jurisprudencia presentadas que, finalmente, **no está teniendo lugar** con su arbitrario trato a determinados provisionales en detrimento de los Elegibles, inacción con respecto de diversos posibles temporales o provisionales y el incumplimiento de lo marcado con respecto de la duración de las provisionales, del alcance de los encargos y de la utilización de las Listas de Elegibles para cubrir las plazas ofertadas en la OPEC 40168, las vacancias definitivas y los puestos de carrera creados vía Decreto 1479 de 2017.

Así, es importante continuar este análisis con el propio Decreto 1479 de 2017, en el cual el ICBF especificó en su Artículo 6 que “... *los empleos que se crean en el presente decreto **deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten...***” (Aquí debe contemplarse la Ley 1960 de 2019 con su impacto directo a lo dispuesto por la Resolución No. 20182230156785 de la CNSC), lo cual conmina a la entidad a **utilizar las Listas de Elegibles de la Convocatoria 433 de 2016** para ocupar definitivamente los cargos creados y a **separar de los mismos a las personas que se encuentren en situación de provisionalidad o temporal**, ya sea prorrogada o no.

Lógicamente, la Resolución No. 20182230156785 de la CNSC puso en cuestión por unos meses todo lo expuesto tal y como se ha mencionado con anterioridad, pero en lo que respecta a las vacancias definitivas debemos remitirnos única y exclusivamente a lo dispuesto por la Ley 909 de 2004 tras la reforma a través de la Ley 1960 de 2019, ya que es la norma que aclara, bajo criterios de especificidad y en concordancia con los Decretos Reglamentarios, qué hacer con las vacancias definitivas generadas con posterioridad a la convocatoria del concurso de mérito.

5. EL CASO CONCRETO: CÓMO DAR CONTINUIDAD A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS ELEGIBLES DE LA OPEP 40168.

Con el objetivo de finalizar la presente Acción Constitucional se va a proceder a analizar la situación específica de la vacancia definitiva existente en el Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas del ICBF, para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código, 2044, Grado 09, Rol Trabajador Social, ocupado por un empleado con nombramiento en provisionalidad (la única reconocida por el ICBF en los sucesivos Derechos de Petición presentados) a fin de contextualizar de forma definitiva al Honorable Juez Constitucional.

Como se ha tratado de aclarar en la presente Acción de Tutela, el procedimiento para cubrir dicha vacancia definitiva es el especificado por los artículos 24 y 31 de la Ley 909 de 2004, lógicamente contemplándose lo dispuesto por su reforma a través de la Ley 1960 de 2019 y por los mandatos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los Decretos Reglamentarios de la Ley 909 de 2004 y los conceptos del ICBF, de la CNSC y del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Se desconoce la fecha de generación de la vacancia mencionada, pero como se ha analizado en el acápite de fundamentación jurídica de la presente Acción Constitucional este hecho es irrelevante, ya que si la vacancia existía con anterioridad a la convocatoria del concurso de mérito la misma debía haber sido ofertada, y en el caso de que surgiera con posterioridad, en aplicación de la normativa vigente y la jurisprudencia aplicable, la misma debe ser provista mediante el uso de la Lista de Elegibles de la OPEC 40168, y nombrándose a través de la misma a la señora **NELCY ÁLVAREZ CASTAÑO** pues es la siguiente en la Lista mencionada, la cual se realizó con estricta revisión de cumplimiento de requisitos de mérito e idoneidad.

Lógicamente, la entidad se enfrentará al problema de que la plaza vacante se encuentra ocupada por un servidor público con nombramiento en provisionalidad y con estatus de prepensionado, pero el problema jurídico planteado debe ser solucionado desde la aplicación de lo dispuesto por la Corte Constitucional en su Fallo SU-446 de 2011 y concordantes, procediéndose a reubicar al prepensionado en un cargo de igual o superior categoría al que había venido ocupando hasta que cumpla con los requisitos exigidos para que se pueda pensionar y procediéndose a nombrar en periodo de prueba al elegible en el cargo que se encuentra en vacancia. Cualquier solución al problema jurídico evidenciado que fuese distinta a la presentada supondría una vulneración a los Derechos Fundamentales del prepensionado o del elegible, por lo que la propuesta es la única solución constitucionalmente aceptable.

6. PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA - DECLARACIÓN JURADA.

Invoco como fundamentos procedimentales de la presente **ACCIÓN DE TUTELA** las siguientes normas: artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991²², Decreto 306 de 1992²³ y Decreto 1382 de 2000²⁴. En torno a la competencia, en razón al lugar donde se desarrolla el problema jurídico es usted Señor Juez el competente para conocer de este **proceso de tutela**. De igual modo, bajo la gravedad de juramento que no se ha interpuesto, en ningún momento, otra **acción constitucional de tutela** por los mismos hechos y buscando la garantía los mismos Derechos Fundamentales mencionados.

7. PRUEBAS Y ANEXOS.

Para dar sustento a lo anterior, me permito solicitar se decreten las siguientes **pruebas**:

PRIMERO: Se **OFICIE** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF para que aporte información veraz, **oportuna** y actualizada sobre: (i) el número de vacancias definitivas a la fecha en el área geográfica dentro del OPEC 40168, (ii) el número de cargos creados para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, Rol Trabajador Social, a través del Decreto 1479 de 2017, para el Centro Zonal Manizales 2 de la Regional Caldas del ICBF, y cuáles de los mismos no se encuentran ocupados por empleados nombrados en carrera administrativa, (iii) el estado actual del proceso de nombramiento respecto de dichos actos administrativos, informándose

²² “...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

²³ “...por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

²⁴ “...por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.”

los nombres de las personas y el orden de nombramiento. Y la correspondiente aceptación y posesión al cargo del aspirante nombrado. (iv) En qué estado está el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, (v) el número de vacancias definitivas y/o temporales presentes en toda la regional Caldas a la fecha de la presentación de la presente acción de tutela para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, Rol Trabajador Social ...”

En digital se aportan los siguientes documentos (para el oportuno traslado y valoración del juez constitucional):

- a. Copia del Acuerdo número 20161000001373 del 05 de septiembre de 2016, por medio del cual se reglamentó la Convocatoria 433-ICBF.
- b. Resolución número 20182230073385 del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018) de la Comisión Nacional del Servicio Civil: *"Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (03) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC número 40168, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 09, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"*.
- c. Copia de Resolución número 20182230156785 del veintidós (22) de noviembre de 2018, de la CNSC - *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-*.
- d. Ley 1960 del 27 de junio de 2019.
- e. Copia del Fallo de Tutela del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Medellín, en el caso de María Camila Arroyave Arias y María Estela Rivera Pineda, de fecha 09 de septiembre de 2019 y sus anexos.
- f. Copia del Fallo de Tutela del Tribunal Administrativo de Santander, en el caso de José Fernando Ángel Porras, de fecha 03 de julio de 2019.
- g. Copia del Derecho de Petición presentado por la accionante el día diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019).
- h. Copia de la respuesta al Derecho de Petición remitida por Dirección de Gestión Humana del ICBF el día treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019)
- i. Copia de CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" con fecha del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).
- j. Copia del Fallo de Tutela del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el caso de Jessica Lorena Reyes Contreras, de fecha de dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).
- k. Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado *“Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes.
- l. Copia del Derecho de Petición presentado por la accionante el día veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020).
- m. Copia de la Respuesta al Derecho de Petición remitida por la Dirección de Gestión Humana del ICBF el día doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020).
- n. Copia del Derecho de Petición presentado por la accionante el día veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

- o. Copia de la respuesta al Derecho de Petición remitida por Dirección de Gestión Humana del ICBF el día trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020).
- p. Plan Anual de Vacantes realizado por el ICBF y publicado el día treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020)

Y los siguientes anexos:

- ✓ Poder a mi favor.
- ✓ Los documentos aducidos como prueba en digital como se ha mencionado.

8. NOTIFICACIONES

Recibiré las notificaciones en el correo eden.felix@gmail.com, mientras dure la contingencia del COVID-19 en mi domicilio, Calle 72 #27-68, Conjunto Horizontes, Apartamento T2E3, Manizales, Caldas, y posteriormente en mi oficina, en la Calle 22 #20-58, Edificio Banco Ganadero, Oficina 1006, Manizales, Caldas y en mi teléfono 3136977902.

Del esciente funcionario, agradeciendo la atención prestada,



EDÉN FÉLIX NIETO

C.E. 391.421

T.P. 297.003 del C.S. de la J.