



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA PENAL
DE DECISION. Cartagena, nueve (09) de marzo de dos mil veintiuno (2021).**

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ.

APROBADA POR ACTA No. 041

Ha llegado a la Sala nuevamente la acción de tutela procedente del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, en virtud de la impugnación del fallo de fecha 1 de febrero de dos mil veintiuno (2021), la acción de tutela presentada por el señor Rodrigo Faciolince Mieles, en contra de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, entre otros.

I. ANTECEDENTES

1. Señala el accionante en los hechos que, mediante acuerdo N° 20161000001376 del 05-09-2016, se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de



personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, Convocatoria N° 433 de 2016. Este se realizó bajo la Ley 909 de 2004. Manifiesta el actor haberse inscrito dentro del término a la convocatoria para proveer el empleo No. 34242, Código 2125, denominación Defensor de Familia, con Grado 17, para la ciudad de Cartagena.

2. Narra que, el día 4 de septiembre de 2017, posterior a la publicación del Acuerdo No. 20161000001376 de 05-09- 2016 – ICBF, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social- DPS expidió decreto 1479 de 2017, en el que se crearon empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF, y que mediante Resolución 7746 de 2017, dichas vacantes no fueron ofertadas en el acuerdo de previa mención.

3. Afirma el accionante haber aprobado las distintas etapas del proceso, quedando en el puesto 22 de su lista de elegibles con puntaje de 70,10. Por medio de la resolución 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 se publicó la lista de elegibles para proveer a 12 vacantes, código OPEC No. 34243 de Defensor de Familia código 2125 grado 17, la cual el día 6 de junio de 2019 cobró firmeza, por un término de 2 años, quedando vigente hasta el 5 de junio de 2021.

4. Añade que el día 22 de noviembre de 2018, se expidió resolución por parte de la CNSC, donde se revocó el artículo 4to de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles de la convocatoria No. 443 de 2016, donde se establecía: *Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer*



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

5. Relata que el artículo 64 del Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016 establece que la vigencia de la lista de elegibles tiene dos años de vigencia desde que cobra firmeza la misma y que la fecha del acto administrativo del que es parte para proveer 12 vacantes con código OPEC No. 34243 de Defensor de Familia cód. 2115 grado 17 entró en vigencia el 6 de junio de 2019 y finaliza el 5 de junio de 2021, y que esta información es ratificada por las contestaciones a los derechos de petición que presentó ante el ICBF y CNSC.

6. Alega el actor, que el día 27 de junio se expidió la ley 1960 de 2019, la cual modificó la ley 609 de 2004, y otros; y que en ella se estipula que los resultados de las pruebas de la CNSC tendrán una vigencia de dos años, de los cuales se creará la lista de elegibles en orden de mérito y que las vacantes por las cuales se creó el concurso se cubrirán conforme al mismo, al igual que las vacantes definitivas de cargos no convocados y las que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso de la misma entidad.

7. El día 1 de agosto de 2019, señala el actor que se emitió un criterio unificado por parte de la CNSC, en el que se estableció que las listas de elegibles expedidas antes



del 27 de junio de 2019, cuando se promulgó la ley 1960 de 2019, debían ser utilizadas para las vacantes para las cuales fueron ofertadas en la convocatoria. Y que, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley 1960 de 2019.

8. Así mismo refiere que, mediante fallo del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, sobre la negativa del uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes creadas por el decreto 1479 de 2017, resolvió tutelar los derechos fundamentales del accionante tras advertir la inconstitucionalidad del criterio unificado de las listas de elegibles emitido por el CNCS, y ordenó al ICBF a ofertar los cargos creados por el decreto 1479 de 2017, que elaboraran una lista de elegibles y que se nombraran aspirantes en orden de mérito, lo cual menciona fue cumplido por ambas entidades el ICBF y la CNSC.

9. Que Conformada la lista de elegible mediante la resolución CNSC No 20192230050135 del 13-05-2019, para proveer (12) vacantes para DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, Convocatoria 433 de 2016, el ICBF posteriormente, haciendo uso del nuevo criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, en el contexto de la ley 1960 de 2019 uso de las listas de elegibles, ofertó cinco (05) cargos más que se encontraban en vacancia definitiva, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, para un total de 17 vacantes, esto señala, en base al Criterio Unificado Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.



10. Menciona el demandante que las listas de elegibles, según lo establecido en el artículo 63 de Acuerdo No 20161000001376 de 05-09- 2016, se recompondrán una vez los elegibles se posesionen, no acepten el nombramiento o no se posesionen en los términos establecidos. Manifiesta que la elegible No. 18 según lo respondido en los derechos de petición enviados al CNSC y el ICBF, emitió resolución de abstención de nombramiento, y que el elegible N° 19 comunicó al ICBF, mediante derecho de petición, su disposición de aceptar el nombramiento, por lo que el accionante pasaría por recomposición de su lista a ocupar el tercer puesto en su lista de elegibles.

11. Manifiesta que, el ICBF ha nombrado al cargo código OPEC No. 34243 de Defensor de Familia 2115 grado 17, a personas que no tienen derecho al mérito, por lo que se dispuso a presentar derecho de petición ante este el día 11 de setiembre de 2020, del cual, el 30 de octubre del año, el ICBF le notificó respuesta.

Sin embargo, considera que el ICBF omitió datos en cuanto a una solicitud que versaba sobre la información del total de vacantes en todo el país para el cargo de defensor de familia, pues le informaron que existían únicamente 14 vacancias en el país, y ninguna en el departamento de Bolívar, mientras que en respuesta a un derecho de petición instaurado por la señora Sabina Santiago Banques el 28 de septiembre de 2020, le informaron que hay 73 vacancias definitivas para el cargo, de las cuales 3 son en Bolívar, una en Cartagena y dos en Turbaco.



12. De igual forma, el día 14 de septiembre del año 2020 presentó derecho de petición ante el CNSC, en el que solicitaba que se realizaran todos los trámites necesarios y se remitiera al ICBF autorización para el uso de la lista de elegibles conformada a través de la Resolución N° CNSC-20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243, del cual recibió respuesta el día 9 de octubre.

13. Manifiesta que hubo una negativa por parte del CNSC y el ICBF para hacer uso de su lista de elegibles, para cubrir las vacantes al cargo que se postuló, existentes en todo el país, en la planta global del ICBF, fundándose en que según el criterio unificado de la ley 1960 de 2019, en el que se señala que las listas expedidas con anterioridad al 27 de junio de 2019 deben usarse durante toda su vigencia, para los empleos de la respectiva convocatoria y para cubrir todas las vacantes que se generen y que correspondan al mismo empleo, esto es, que sean del mismo código, grado, asignación mensual, ubicación geográfica, entre otros. Y que no hay vacantes en su ubicación geográfica, por lo tanto, no se hace elegible.

14. Señala que la negativa por parte de las entidades, va en contra del criterio sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019, artículo 6 de la ley, y el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, ya que, en esta se señala que, con los resultados de las pruebas se creará la lista de elegibles, la cual tiene vigencia de dos años, y que una vez cobre firmeza las vacantes por las que se convocó el concurso o



las equivalentes no convocadas se irán cubriendo en estricto orden de la lista de elegibles.

Expresa que pese a que la norma antes transcrita fue expedida después de la convocatoria 433 del 2016, sin lugar a dudas debe aplicarse retroactivamente. Alega además que existen fallos de tutelas de segunda instancia favorables a su pretensión que se fundamentan en la retroactividad de la ley 1960 de 2019, en casos análogos contra el ICBF y CNSC.

15. Finalmente alega que las personas que están la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243, a la cual pertenece, no los tendrán en cuenta para ocupar empleos equivalentes, ya que estos están siendo limitados por el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, sin embargo, hay quienes ocupan esos cargos por encargo o provisionalidad, desconociendo del mérito establecido en el art 125 de la Constitución Nacional.

16. Solicita el accionante se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al principio constitucional de meritocracia y como consecuencia de ello se ordene a las accionadas realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a los previsto en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019 OPEC 34243 para suplir los cargos de



DEFENSOR DE FAMILIA código 2125 grado 17 en vacancia definitiva, en provisionalidad, encargo o desierto, en todo el territorio nacional.

Que se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF realizar el nombramiento para proveer una vacante definitiva de la Convocatoria No. 433 de 2016 en el empleo identificado como DEFENSOR DE FAMILIA código 2125, Grado 17, atendiendo las vacantes que no fueron relacionadas en las respuestas dadas a los derechos de petición.

17. Por su parte, el ICBF allegó informe, en el que solicita que la acción en cuestión sea considerada improcedente, ya que se vulnerarían los derechos de otras personas, que en sus listas de elegibles no ocuparon vacantes en razón del factor de territorialidad durante la vigencia de sus listas.

Además, explicó que en la lista del accionante hay tres personas elegibles con mayor derecho que él. Por último, alega que no se cumplen con los requisitos de procedibilidad de la acción, ya que no se trata de un asunto de trascendencia constitucional, ni existe un perjuicio irremediable.

18. De igual forma, la CNSC solicitó en su informe que la acción se declarara improcedente, toda vez que no ha existido vulneración a los derechos del actor, recalca que no hay subsidiariedad de la acción y que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es desde su publicación el 27 de junio de 2019, tal como se estableció en la misma. Y que



según la ley 909 de 2004, frente a empleos equivalentes no cumpliría el actor con la ubicación geográfica para las vacantes que existen actualmente. De igual modo manifiestan que de surgir vacantes en su ubicación geográfica existen tres elegibles previos a él.

19. El 17 de noviembre de 2020, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, emitió fallo en el improcedente la protección constitucional reclamada por el accionante.

20. Enterado de la decisión, el accionante decidió impugnar fallo emitido por el Juez. Por lo cual, la actuación llegó a esta Corporación para decidir el asunto en segunda instancia, sin embargo, mediante proveído de fecha 14 de enero de 2021 declaró la nulidad de la actuación, a partir del auto admisorio de fecha 2 de noviembre de 2020, con el propósito de que se adelantara la vinculación de las personas que integran las listas de elegibles para proveer el empleo denominado Defensor de Familia, con Grado 17, ofertado mediante convocatoria N° 433 de 2016, **en todos los municipios del país**, quienes podrían verse afectadas con las resueltas de la acción constitucional.

21. Una vez subsanada la actuación, se recibió otro informe del ICBF, en el cual, reiteró los argumentos expuestos inicialmente, y además, sostuvo que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2020, dentro de la acción de tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, con el fin de ser nombradas en el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, por estar en lista de elegibles de la Convocatoria 433



de 2016. ordenó:

“(..). SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa.

TERCERO: INAPLICAR por inconstitucional, el Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDENAR i) al ICBF que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.(..).”

En consecuencia de lo anterior, el ICBF sostuvo que para dar cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal, mediante comunicación 2020121100000338811 de fecha 14 de diciembre de 2020, remitió a la CNSC el listado de las vacantes existentes del empleo Defensor de familia Código 2125 Grado 17 de las diferentes OPEC.

22. el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante declaró improcedente el amparo deprecado, tras considerar, en primer lugar, que no existen vacantes definitivas en el cargo al cual aspira el accionante, esto es, que cumplan el criterio del



“mismo cargo” establecido por CNSC, y en el que existen tres elegibles de la lista en turno anterior a este. En segundo lugar, sostuvo que el acto censurado por la vía de la acción de tutela, es atacable, de manera idónea y eficaz, ante la jurisdicción administrativa.

23. Una vez enterado de la anterior decisión, el accionante la impugnó mediante memorial en el cual explicó que, de conformidad con lo expuesto en la sentencia T- 059 de 2019, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y las medidas cautelares que se pueden proponer al interior de esta, no son un medio idóneo de protección cuando lo que se encuentra en tensión es el principio del mérito como garantía de acceso a la función pública, pues ello trasciende de un ámbito administrativo.

De otro lado, se queja de la consideración del a quo, en el sentido de que la Corte Constitucional en sentencia T- 340 del 2020 avaló el concepto unificado de la CNSC que se reprocha en esta actuación, pues este no fue objeto de estudio en ese pronunciamiento.

Aunado a lo anterior, el accionante reiteró los argumentos expuestos inicialmente en la demanda constitucional, y aportó otras decisiones judiciales relacionadas con el tema y que han dispuesto amparar los derechos invocados.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA



1. Nuestra Constitución Política, en su artículo 86, consagra la acción de tutela como un mecanismo especial al que puede acudir cualquier persona para solicitar, ante los jueces de la República la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que éstos se vean amenazados o vulnerados por cualquiera autoridad pública o por los particulares en los casos que señala la ley.

2. El artículo 125 de la Constitución Nacional señala los elementos estructurales del sistema de carrera, entre los cuales se destaca que: (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado por regla general son de carrera; (ii) se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público; (iv) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (v) el retiro del servicio se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y por la demás causales previstas en la Constitución y la ley; y (v i) en ningún caso la filiación política podrá determinar el nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

3. En el asunto bajo estudio, la pretensión del accionante, Rodrigo Faciolince Mieles, va encaminada a que se ordene a las entidades demandadas autorizar el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019



OPEC 34243 para suplir los cargos de DEFENSOR DE FAMILIA código 2125 grado 17 en vacancia definitiva, en provisionalidad, encargo o desierto, en todo el territorio nacional.

Cabe aclarar desde este momento que al accionante no le asiste el derecho, sino una expectativa, de ser nombrado en el cargo de “Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17”, identificado con el No. de OPEC34243. Y esto en razón a que él no ocupó ninguno de los lugares entre el primer y el décimo séptimo puesto dentro de su lista de elegibles, lo cual le hubiera significado adquirir el derecho a ser nombrado en una de las 17 vacantes ofrecidas en la ciudad de Cartagena por el **ICBF** dentro de la Convocatoria 433 de 2016, sino que se ubicó en el puesto No. 22.

Habiendo dicho eso, es preciso tener en cuenta, por otro lado, que el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 dispone que con las listas de elegibles conformadas en un concurso de méritos se deben proveer tanto las vacantes que fueron ofrecidas en el mismo, como “*las vacantes definitivas de **cargos equivalentes** no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”.

Esta norma abre la posibilidad de que el actor sea nombrado en alguna vacante definitiva de la misma naturaleza, perfil y denominación que el empleo por el cual concursó y que se haya creado en el **ICBF** con posterioridad a la apertura de la Convocatoria 433 de 2016.



El punto de controversia se origina en virtud del criterio unificado de la CNSC, de fecha 16 de enero de 2020, mediante el cual se estableció que la noción de “**cargos equivalentes**” consiste en que se traten de cargos con la misma OPEC o “**mismo empleo**”, esto es, que sean del mismo código, grado, asignación mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, mismo grupo de aspirantes y denominación.

Específicamente, se queja el accionante de la negativa por parte del ICBF y de la CNSC de utilizar la lista a la que pertenece para proveer vacantes de cargos equivalentes en otros municipios, que se encuentren en estado de vacancia definitiva, en encargo, desierto o provisto en provisionalidad, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de la misma ubicación geográfica, reiterándose que el cargo de Defensor de familia, código 2125 grado 17, fue ofertado mediante diferentes OPECS asignadas por municipio, a pesar de que la planta personal del ICBF es global.

Al respecto, se advierte que el ICBF en su informe expresó lo siguiente:

“En relación con estas vacantes, se informa que como la Convocatoria 433 de 2016 generó listas de elegibles para el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 por municipio, adicional a la lista de elegibles del accionante existen 82 listas de elegibles con 1398 elegibles en las mismas condiciones del accionante, para quienes no fue posible aplicar el Criterio Unificado por ubicación geográfica y que tendrían igual derecho que ella a acceder a alguna de las vacantes relacionadas”.



Planteadas así las cosas, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se centra en si debe inaplicarse por inconstitucional el concepto unificado de fecha 16 de enero de 2020, mediante el cual la CNSC estableció que para poder utilizar listas de elegibles para proveer cargos no ofertados en la convocatoria inicial, deben ser cargos que se encuentren en la misma ubicación geográfica del convocado.

Previo a estudiar la procedencia de la acción de tutela, debe decirse que se encuentra probado dentro de esta actuación que la lista de elegibles 20192230050135 a la que pertenece el accionante pierde vigencia el próximo 5 de junio de 2021, mientras que las demás listas de esa convocatoria, con el mismo código y grado, pero ubicadas en otros municipios y ciudades, vencieron en el mes de julio del año 2020.

Ahora bien, como quiera que ninguna de las partes intervinientes en esta actuación debate la legitimidad del accionante para promover acción de tutela por estos hechos, ni la Sala *motu proprio* advierte circunstancia alguna que comulgue en contra de la superación de este requisito- tanto por activa como por pasiva, se procederá directamente al estudio de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

4. Inmediatez.

En relación con el requisito de *inmediatez*, la Corte Constitucional ha manifestado que -por regla general- la acción de tutela debe ser instaurada oportunamente y dentro de



un plazo razonable. Lo anterior, no equivale a imponer un término de caducidad, ya que ello transgrediría el artículo 86 de la Constitución Política, que establece que la tutela se puede instaurar en cualquier tiempo sin distinción alguna.

El análisis de este requisito no se suple con un cálculo cuantitativo del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la instauración de la acción de tutela, sino que supone un análisis del caso particular conforme a diferentes criterios, tales como la situación personal del peticionario, el momento en el que se produce la vulneración, la naturaleza de la vulneración, la actuación contra la que se dirige la tutela y los efectos de esta en los derechos de terceros.

En este caso, si bien el criterio unificado proferido por la CNSC que es objeto de reproche por parte del accionante, fue proferido el día 16 de enero de 2020, de las pruebas arrimadas a esta actuación se advierte, por un lado, que durante el año inmediatamente anterior, el señor Rodrigo Faciolince presentó varias peticiones a las entidades accionadas encaminadas a obtener de estas el reporte de las plazas vacantes para el cargo al que aspira, y que se encuentren ubicadas por fuera de la ciudad de Cartagena, a efectos de que dichas plazas sean provistas con la lista de elegibles a la que pertenece. En consecuencia, no puede decirse que durante este tiempo ha habido inacción por parte del interesado.



Aunado a lo anterior, debe señalarse que la lista de elegibles integrada por el accionante a la fecha aún se encuentra vigente, por lo cual, el acto administrativo que es objeto de ataque sigue produciendo efectos adversos a los intereses de aquel. En consecuencia, se cumple con el requisito de inmediatez dentro de este asunto.

5. Subsidiariedad.

En cuanto al requisito de subsidiariedad observa la Sala que el mismo se supera, en cuanto a que la acción de tutela en este caso no pretende que se deje sin efectos el acto administrativo mediante el cual se profirió el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, en cuyo caso, se tomaría evidente la existencia de un mecanismo ordinario para obtener ese propósito, el cual la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante lo contencioso administrativo.

En su lugar, lo que el accionante pretende; aunque no haya sido expuesto por este en los mismos términos, es que se inaplique dicho concepto unificado por ser inconstitucional en su caso y, en consecuencia, se habilite el uso de la lista de elegibles que integra para proveer cargos equivalentes al cual ostenta la condición de elegible, sin que para ello importe la ubicación geográfica.

Considera la Sala que la anterior pretensión es de eminente raigambre constitucional, no administrativo como erróneamente lo sostuvo el juez de primera instancia, por lo cual, se torna procedente el estudio de fondo de la presente acción de tutela.



6. Caso en concreto.

Con el propósito de establecer si la noción de “mismo empleo”, que impuso la CNSC mediante criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, realiza una restricción inconstitucional al concepto de “cargos equivalentes” establecido en la ley 1960 de 2019, debe comenzar por decirse que dicha ley no se ocupó de aclarar lo que se debía entender por cargos equivalentes. En consecuencia, debe interpretarse ese concepto a efectos de establecer cuál es el significado que mejor se ajusta al principio de carrera administrativa establecido en el art. 125 Superior.

Para resolver el anterior planteamiento, debe traerse a colación el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, que al respecto establece:

“ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.”

Constata la Sala que, en efecto, la CNSC está dando un alcance contrario a lo pregonado por la referida disposición legal, pues esta es clara, en su tenor literal, al



referirse a cargos equivalentes, en una acepción más amplia que la emanada de la Comisión.

Ahora bien, de lo anterior surge la pregunta de si la CNSC estaba habilitada constitucionalmente para restringir el alcance de la noción de cargos equivalentes, a la cual, debe la Sala dar una respuesta negativa, bajo la consideración de que el art. 84 de la C.P., establece que *“cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”*.

En este punto, conviene aclarar que si bien, a través de una línea de pronunciamientos sobre la materia, recientemente reafirmada mediante fallo T- 340 de 2020, la Corte Constitucional se ocupó de reivindicar la potestad de reglamentación que le asiste a la CNSC respecto a los pormenores de las convocatorias para el ingreso al sistema de carrera administrativa, advierte la Sala que tal consideración se hizo bajo la premisa de que el tema en específico que era objeto de regulación por parte de la Comisión presentara un vacío legal, lo cual, activaba dicha facultad de reglamentación en cabeza de la CNSC.

Sin embargo, como en este caso se advierte la existencia de una ley que regula la materia, concluye la Sala que la referida jurisprudencia de la Corte Constitucional no resulta aplicable a este caso.



Así las cosas, concluye la Sala que la exigencia de un cargo equivalente no comporta que se trate de una igualdad absoluta de un empleo, en el que confluyan todos los factores exigidos en el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, pues estas exigencias adicionales constituyen una limitación injustificada a la normatividad en cita, y se opone a la verdadera finalidad de la carrera administrativa, consagrada en el art. 125 Superior, por cuanto entorpece la provisión mediante el sistema de méritos respecto a muchos cargos que no logran superar los requerimientos impuestos por la CNSC.

En ese orden de ideas, se ha de concluir que la aplicación del criterio unificado de fecha 16 de enero de 21020, en el caso en concreto del accionante, ha vulnerado el debido proceso administrativo que le asiste al accionante al interior del proceso de selección en el que participa, al negarse la CNSC a adelantar las gestiones pertinentes para la utilización de la lista de elegibles que integra para proveer cargos equivalentes con diferente ubicación geográfica.

Al respecto, vale la pena agregar que se encuentra acreditado al interior de esta actuación que el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, no registra diferencias de funciones en razón a su ubicación geográfica. Lo anterior, es así pese a que el ICBF en su informe intentó proponer la existencia de diferentes funciones para dicho cargo en razón a su pertenencia a un Centro Zonal, Regional o a la Dirección General, pues la misma entidad suministró como prueba de ello los manuales de



funciones que se pueden consultar en el link <https://www.icbf.gov.co/gestion-humana/manualfunciones> , y una vez verificado su contenido, se pudo constatar que el manual de funciones para el cargo de Defensor de Familia es único.

Bajo tales condiciones, lo que le corresponde a las entidades accionadas es adelantar las gestiones necesarias para proveer la totalidad de los cargos equivalentes vacantes o desiertos, que no hayan sido convocados en el proceso de selección en cuestión, sin importar la ubicación geográfica.

Al respecto, cabe recordar que un procedimiento de tal naturaleza venía reglamentado en los artículos 4tos de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles de la convocatoria No. 443 de 2016, donde se establecía: *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”*, norma que fue revocada mediante resolución de fecha 22 de noviembre de 2018, proferida por la CNSC, tras considerar que esa disposición contrariaba el criterio vigente para aquella época, en el sentido de que no se podían proveer con determinadas listas de elegibles cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria vigente. No está de más recordar,



que este criterio fue recogido por la misma CNSC mediante concepto unificado del año 2019, y posteriormente, por la ley 1960 de ese mismo año.

Ahora bien, no echa de menos la Sala que a lo largo de esta actuación tanto el accionante como algunos coadyuvantes allegaron decisiones de otros Tribunales Superior del Distrito Judicial que han amparado en el mismo sentido los derechos de las personas que integran listas de elegibles para el cargo de defensor de familia, código 2125, grado 17, incluso habiendo perdido vigencia.

Sin embargo, considera la Sala que el aquí accionante no se ve cobijado por estas decisiones de amparo, pues además de que estas recaen sobre listas de elegibles diferentes, en cargos equivalentes al del accionante, en aquellos casos se emitieron ordenes tendientes a proteger la perdida de vigencia de dichas listas, lo cual no sucede con la lista que integra el actor, que a la fecha se encuentra vigente.

Puntualmente, llama la atención de la Sala que el ICBF, en el informe que rindió ante el juzgado de primera instancia una vez subsanada la actuación, advierte que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2020, dentro de la acción de tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, con el fin de ser nombradas en el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, por estar en lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, ordenó:



“(..). SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa.

TERCERO: INAPLICAR por inconstitucional, el Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDENAR i) al ICBF que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.(..).”

El ICBF sostuvo en su informe que para darle cumplimiento a dicho fallo de tutela el día 14 de diciembre de 2020 reportó a la CNSC las plazas vacantes, este Tribunal encuentra que el **ICBF** no acreditó haber realizado ninguna actividad concreta para realizar dichas gestiones.

Por lo tanto, se torna necesario emitir una orden tendiente a materializar la protección que se reconoce en esta oportunidad sobre el derecho fundamental al debido proceso administrativo del señor Rodrigo Faciolince.



Por tanto, en este caso el nombramiento directo en una de las vacantes definitivas que se encuentran disponibles actualmente en el **ICBF** no podría ser ordenado a través de la acción de tutela, dado que este mecanismo constitucional solo resulta procedente *“cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público¹”*.

Por las razones expuestas, la Sala considera imperioso amparar las garantías superiores del señor Rodrigo Faciolince Mieles, ordenando que se realice en un término determinable el trámite para establecer la procedencia de su nombramiento en una vacante definitiva del empleo denominado *“Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17”*, identificado con el No. de OPEC 34245, sin importar la ubicación geográfica.

En suma, pues, se revocará la sentencia de primer grado y se accederá al amparo de los derechos fundamentales de la accionante, impartiendo las órdenes que se estimen pertinentes para su resguardo, teniendo en cuenta que en atención a la movilidad que caracteriza a las listas de elegibles, no es posible ordenar directamente que se realice el nombramiento del accionante en un cargo definitivo.

Además, cabe recordar que también están en ciernes los intereses de las personas

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 2012.



que integran las otras listas de elegibles del cargo de defensor de familia, código 2125, grado 17, que pertenecen a las OPECS asignadas a las convocatorias de otros municipios, las cuales, si bien han perdido vigencia, algunas cuentan con fallos judiciales a su favor. Por lo tanto, la Sala no definirá el procedimiento que deben adelantar las entidades accionadas para cumplir con lo aquí dispuesto, pues corresponde a estas establecerlo de forma tal que se garanticen los derechos del accionante y se cumpla con lo ordenado por otras autoridades judiciales.

En consecuencia, se dispondrá REVOCAR el fallo de tutela impugnado, y en su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso administrativo del accionante.

Por lo anterior, se dispondrá inaplicar por inconstitucional el Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020. Y se ordenará al ICBF y a la CNSC que dentro del término de treinta (30) días calendario, siguientes a la notificación de esta decisión, establezcan cuál es el trámite a seguir para materializar el uso de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 20182230052125 del 22 de mayo de 2018, respecto a los cargos equivalentes vacantes o desiertos en todo el territorio nacional, sin que sea óbice la diferencia de ubicación geográfica. El procedimiento que para el efecto se establezca deberá contar con un calendario que defina detalladamente sus etapas y defina las fechas en que se desarrollarán cada una de estas.



En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de fecha 1 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, y en su lugar, TUTELAR el derecho el debido proceso administrativo del señor Rodrigo Faciolince, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se INAPLICA por inconstitucional el Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020.

TERCERO: ORDENAR al ICBF y a la CNSC que dentro del término de treinta (30) días calendario, siguientes a la notificación de esta decisión, establezcan cuál es el trámite a seguir para materializar el uso de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 20182230052125 del 22 de mayo de 2018, respecto a los cargos equivalentes vacantes o desiertos en todo el territorio nacional, sin que sea óbice la diferencia de ubicación geográfica. El procedimiento que para el efecto se establezca deberá contar con un calendario que defina detalladamente sus etapas y defina las fechas en que se desarrollarán cada una de estas.



CUARTO: ORDENAR al ICBF y a la CNSC que notifique esta sentencia a todas las personas que integran las listas de elegibles, vigentes y no vigentes, de la Convocatoria N° 433 de 2016, para el cargo con Código 2125, denominación Defensor de Familia, con Grado 17. Además, dichas entidades deberán publicar esta providencia en las respectivas páginas web institucionales, y dentro del término de cinco (5) días deberán remitir soporte de todo ello al correo institucional del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena.

QUINTO: Comuníquese ésta decisión por el medio más eficaz y ejecutoriada la providencia remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE**

**PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Acción de Tutela Segunda Instancia
Accionante: Rodrigo Faciolince Mieles
Accionado: ICBF y CNSC
Radicado: 13-001-31-04-000-2020-00068-02
Rad tribunal: 00052-2021



**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO²**

² Acción de tutela de segunda instancia. Accionante: Rodrigo Faciolince Mieles contra ICBF y CNSC. Radicado:13001310420200006802.