

Señor

JUEZ DEL CIRCUITO CON FUNCIONES CONSTITUCIONALES

Reparto

Quibdó – Chocó

ESD

Ref.: Acción de Tutela en virtud del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto N° 2591 de 1991.

Accionante: **CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA.**

Accionados: **Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF.**

CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, mayor de edad, identificada civilmente con cedula de ciudadanía N° 35.600.882 expedida en Quibdó, y residente en el municipio de Quibdó (Chocó), con el debido respeto que caracterizan mis actuaciones ante la administración de justicia, por medio del presente escrito elevo ante usted acción de tutela en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil –CNCS** representada legalmente por el Doctor FRIDOLE BELLEN DUQUE o quien haga sus veces al momento de recibir notificaciones, y en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF**, representado legalmente por la Doctora LINA MARÍA ARBELÁEZ o quien haga sus veces al momento de recibir notificaciones, para que previo el trámite de rigor se me amparen mis derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, el mérito como principio constitucional para el acceso a los cargos públicos, y en consecuencia, se ordene el amparo conforme a los siguientes:

HECHOS:

En síntesis, son los siguientes:

- 1.- Labore en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por más de 10 años en el cargo de Defensora de Familia, asignada al Centro Zonal Quibdó de la Regional Chocó, posesionándome el 29 de noviembre de 2007, inicialmente como supernumeraria, posteriormente pase a la planta global en provisionalidad, hasta el 13 de agosto de 2018.
- 2.- El 05 de septiembre de 2016 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribieron el Acuerdo N° 20161000001376, con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 2.470 empleos vacantes, que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa - Convocatoria N° 433 de 2016.
- 3.- La convocatoria N° 433 de 2016 - Acuerdo N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 tiene como fundamento legal entre otros, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Ello se puede corroborar de la lectura de su encabezado y artículo 6º de dicha resolución que establecen:

“LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC”

“En uso de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 130 de la Constitución Política, en los artículos 11,30 y 31 de la Ley 909 de 2004, y los artículos 2.2.6.1. y 2.2.6.3. del Decreto 1083 de 2015 y .”

CONSIDERANDO QUE:

(...) Conforme lo dispone el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las etapas del proceso de selección o concurso, son: 1. Convocatoria, 2. Reclutamiento, 3. Pruebas, 4. Listas de Elegibles y 5. Periodo de Prueba.

Así mismo., en su artículo sexto establece:

ARTÍCULO 6º. NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS. *El proceso de selección por mérito, que se convoca mediante el presente acuerdo, se regirá de manera especial por lo establecido en la Ley 909 de 2004, sus decretos reglamentarios, Decreto 760 de 2005, Decreto 1083 de 2015, Ley 1033 de 2006, lo dispuesto en el presente Acuerdo y por las demás normas concordantes.”*

4.- Estando dentro de los términos establecidos en la convocatoria N° 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, previo cumplimiento de los requisitos prescritos, me inscribí como aspirante a ocupar con derechos de carrera administrativa el cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC - N° 34339 perteneciente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la Regional Chocó, en el Centro Zonal Quibdó.

5. Posterior a la publicación del Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 de 2017 “Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.”

Esta normativa suprimió cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, creó empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF, que, en relación con los cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, su articulado establece:

ARTICULO 1. Suprimir los empleos de carácter temporal creados mediante Decreto 2138 de 2016, los cuales se encuentran distribuidos así:

(...) **B. Fuente de Financiación:** Protección - Acciones para preservar y restituir el ejercicio integral de los derechos de la niñez y la familia.

NUMERO DE CARGOS	DENOMINACION DEL CARGO	CODIGO	GRADO
328 – Trecientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

6. En virtud del artículo cuarto del Decreto 1479 de 2017, el ICBF expidió la Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, donde el director general de la entidad distribuye 3.737 cargos en la planta global del ICBF. En su artículo primero, dentro del área B) PROTECCIÓN MISIONAL; los cargos DEFENSOR DE FAMILIA Código 2125, Grado 17, previamente creados en virtud del Decreto 1479 de 2017, se distribuyeron así:

DEFENSOR DE FAMILIA 2125-17	
DIRECCIÓN GENERAL	58
ANTIOQUIA	24
ATLÁNTICO	13
BOGOTÁ	53
BOLÍVAR	9
BOYACÁ	5
CALDAS	9
CAQUETÁ	5
CAUCA	4
CESAR	9
CÓRDOBA	8
CUNDINAMARCA	9
CHOCÓ	4
HUILA	5
LA GUAJIRA	6
MAGDALENA	11
META	2
NARIÑO	15
NORTE DE SANTANDER	8
QUINDÍO	1
RISARALDA	4
SANTANDER	9
SUCRE	2
TOLIMA	4
VALLE	32
ARAUCA	3
CASANARE	2
PUTUMAYO	3
SAN ANDRÉS	1
AMAZONAS	2
GUAINÍA	2
GUAVIARE	2

VAUPÉS	1
VICHADA	3
TOTAL CARGOS	328

7.- Cabe destacar que las vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2019 y distribuidas mediante Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, no fueron parte de las vacantes ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, en razón a que, en el momento de la convocatoria eran inexistentes como empleos de carácter permanente, y además dicha convocatoria estaba regida por la Ley 909 de 2004.

8.- Luego de agotado el concurso de méritos, La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución N° CNSC- 20182230062295 del 22 de junio de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer seis (06) vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, identificado con el código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria N° 433 de 2016 del ICBF. En la lista de elegibles referenciada por haber superado satisfactoriamente cada una de las etapas, ocupe en estricto orden de mérito el puesto N° 14 con puntaje definitivo de 72.99.

9.- Los artículos primero y cuarto de la lista de elegibles de la cual hago parte, conformada mediante la Resolución N° CNSC– 20182230062295 del 22 de junio de 2018 "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer seis (06) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34339, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF", establecían:

ARTÍCULO PRIMERO- Conformar la lista de elegibles para proveer seis (06) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34339, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así:

Posición	Tipo Documento	Documento	Nombre	Puntaje
1	CC	11799238	IGNACIO MAGLIES MORENO	80,93
2	CC	11806333	EDWARD ALEXANDER LEMOS OREJUELA	80,45
3	CC	11802635	ALEXANDER MOSQUERA AGUILAR	80,19
4	CC	54259812	IDALIDES QUINTERO MORENO	79,08
5	CC	35603983	FLORES RENTERIA ECHEVERRY	75,46
6	CC	52342168	AUYENITH HOYOS MOSQUERA	74,71
7	CC	1077435706	KENNY MARLEY MENA MOSQUERA	74,62
8	CC	1017130952	SANDRA CORDOBA CORREA	74,16
9	CC	91110257	HERNANDO MEDINA	73,80
10	CC	71260563	CARLOS AUGUSTO RAMIREZ RIOS	73,34
11	CC	39413389	ALBA PATRICIA MACHADO VALENCIA	73,28
12	CC	35897474	VANESSA EULALIA CUCALON MENA	73,10
13	CC	1078116598	JORGE IVAN HURTADO BONILLA	73,04
14	CC	35600882	CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA	72,99
15	CC	1077426401	ERNESTO PALACIOS MOSQUERA	71,76
16	CC	43558375	LUISA EUGENIA MARTINEZ CORTES	71,41
17	CC	35600433	YADIRA INES PANDALES MURILLO	71,09
18	CC	1077435886	DARWIN YESSID CUESTA PALACIOS	70,93
19	CC	1129566248	MALKA IRINA VIVAS BERRIO	69,83
20	CC	1077445601	JESUS JAVIER DOMINGUEZ MOSQUERA	68,52
21	CC	79688071	WILSON WILINGTON LEDEZMA GRACIA	68,13
22	CC	11620860	CARLOS EFREN VALENCIA PEREA	67,20
23	CC	54262778	GLADIS DEL SOCORRO CORENA GARCES	67,02
24	CC	1077438553	LUZ DARY MOSQUERA MOSQUERA	65,03
25	CC	1077441479	ANDRES MAURICIO MOSQUERA CORDOBA	63,67
26	CC	54253430	FRANCISCA MORENO MOSQUERA	60,98
27	CC	1077420119	ISIS LUCINA CORDOBA MURILLO	54,24

ARTICULO CUARTO. - Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer 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 equivalentes.**

10.- Mi lista de elegibles, Resolución N° CNSC –20182230062295 del 22 de junio de 2018, se publicó en la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles BNLE, el día veintinueve (29) De Junio de dos mil dieciocho (2018) y quedó en firme el día diez de julio de dos mil dieciocho (2018) Como se puede comprobar en la página web

<http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml> la lista de elegibles Resolución N° CNSC –20182230062295 del 22 de junio de 2018, de la Convocatoria N° 433 de 2016 - ICBF, con OPEC N° 34339.

11.- El artículo 64 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, por medio de cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente todos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

a través de la Convocatoria N°433 de 2016, establece: “VIGENCIA DE LISTA DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.”

12.- Así mismo el artículo 62 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil nos ilustra a partir de qué momento adquiere firmeza la lista de elegibles, quedando regulada conforme al siguiente tenor:

“ART. 62°. FIRMEZA DE LAS LISTA DE ELEGIBLES. La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consecuencia, con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

Una vez firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicará en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N° 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.”

13.- De otra parte, el artículo 63 del acuerdo 20161000001376 de 05 de septiembre de 2016, establece:

ARTÍCULO 63. RECOMPOSICIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de Elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de las listas (...)

14.- El punto anterior refrenda la disposición normativa contenida en el artículo 2.2.6.22 del Decreto 1083 de 2015 que establece que “Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de ésta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.

15.- En atención a lo ilustrado en los hechos 13 y 14 se tiene que al recomponer la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N° CNSC- 20182230062295 del 22 de junio de 2018, en la cual figuro en el puesto 14 y en virtud de la recomposición automática, estaría ocupando en lo sucesivo **el segundo lugar en posición de elegibilidad**, debido a que algunos fueron nombrados en los cargos ofertados (elegibilidad directa), otros rechazaron el nombramiento, así como otros fueron nombrados en cargos provisionales que no fueron ofertados en la convocatoria N° 433 de 2016, habiéndose agotado esta lista de elegibles hasta la posición N° 12.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, el término vigencia de las listas de elegibles es de dos años, se tiene que, la vigencia de la lista sub examine **se configuraría el día 09 de julio 2020, sin embargo, en virtud de la pandemia generada por el COVID-19, los términos de dicho concurso fueron suspendidos tal como se evidencia en los siguientes actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio civil, las cuales se aportan como material probatorio:**

-Resolución No. 4970 del 24 de marzo de 2020 “Por la cual la comisión nacional del servicio civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación del COVID-19”

-Resolución No. 5265 del 13 de abril del 2020 “Por la cual se prorroga la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020”

-Resolución No. 5804 del 24 de abril de 2020 “Por la cual se prorroga la Resolución No. 4970 del 24 de marzo 2020 y se dictan otras disposiciones”

-Resolución N° 6264 del 22 de mayo de 2020 “Por la cual se prorrogan las Resoluciones 5804 del 24 de abril y 5936 del 08 de mayo de 2020, expedidas por la CNSC en el marco de la Emergencia Sanitaria por el Covid-19”

16.- El 05 de enero de 2016, es decir, previo a la apertura de la Convocatoria N° 433 de 2016 del ICBF, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo N° 562 de 2016 “Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004”. En dicho Acto administrativo la Comisión Nacional del Servicio Civil reguló, entre otras cosas, el procedimiento que se debe observar para proveer las vacante definitivas de cargos **no convocados en los concursos de méritos**, procedimiento que para el caso que nos ocupa la atención ha sido desconocido tanto por la Comisión Nacional del Servicio Civil como por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que las entidades demandadas no han adelantado las actuaciones administrativas necesarias para hacer uso de las mismas, en el sentido de proveer con las listas de elegibles las vacantes definitivas y las declaradas desiertas, vulnerando los derechos fundamentales de los elegibles, y causando con ello un perjuicio irremediable a quienes tenemos derecho a ingresar al sistema de carrera administrativa, puesto que, posterior a la fecha de vencimiento de las listas, se materializa una imposibilidad jurídica para dicha provisión.

De conformidad con el Acuerdo N° 562 de 2016, y en virtud de su artículo 11° “Corresponde a la CNSC remitir a la entidad de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o la persona delegada para ello), las listas de personas con las cuales se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con el artículo 32 del presente Acuerdo.

“Las vacancias definitivas que se generen en los **empleos inicialmente provistos**, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de las listas de elegibles conformadas con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertadas a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante el uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros ordenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.”

17.- Para la provisión de cargos de carrera ofertados mediante concurso de méritos, cuando existes varias vacantes, es necesario realizar una audiencia pública para la escogencia del empleo, en la cual los elegibles podrán escoger el cargo en el lugar que sea de su preferencia, siempre observando la prelación en estricto orden de mérito. En efecto, el artículo 14 del Acuerdo N° 562 de 2016 de la CNSC estableció:

ARTICULO 14: PROCEDIBILIDAD PARA REALIZAR LA AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA ESCOGENCIA DE EMPLEO. *Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.”*

18.- *Provistas las vacantes ofertadas en concurso de méritos por quienes ocuparon las posiciones de elegibilidad directa, es responsabilidad y competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil la conformación de una lista de elegibles general y una para la entidad, con el objeto de proveer vacantes definitivas y/o declaradas desiertas, todo lo cual se publicitará a través del Banco Nacional de Listas de Elegible, de conformidad con el artículo 18 y siguientes del artículo 652 de 2016 en el que se dispuso:*

Artículo 18. Finalidad del Banco Nacional de Lista de Elegibles. *El Banco Nacional de Listas de Elegibles será conformado para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o aquella que resulten de las listas de elegibles conformadas con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto.”*

Artículo 19. Conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles. *El Banco Nacional de Elegibles está conformado por las listas de elegibles en firme y vigentes, de los empleos objeto de concurso y por los elegibles que conforman cadauna de dichas listas.*

Este Banco Nacional se alimentará con las listas de elegible, que, conformadas a través de un proceso de selección, vayan adquiriendo firmeza.”

“Artículo 20. Organización del Banco Nacional de Lista de Elegibles. *El Banco Nacional de Listas de Elegibles se organizará de la siguiente manera:*

1. **Lista de elegibles por entidad.** *Son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección para la provisión de empleos de carrera de una entidad particular.*

2. **Listas generales de elegibles.** *Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de las convocatorias adelantadas por la CNSC y organizadas en estricto orden de méritos, de acuerdo con el nivel jerárquico del empleo, su nomenclatura y grado salarial, y se organizarán de conformidad con el orden de las entidades, así:*

- a) Entidades del orden Nacional.
- b) Entidades del orden territorial

19.- El 27 de junio de 2019 el Congreso de la Republica expidió la Ley 1960, cuyo artículo 6º modificó artículo 31 numeral 4º la Ley 909 de 2004 quedando en adelante de la siguiente manera: **“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, *elaborará 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 del concurso en la misma entidad”**

20.- El artículo 6º de la ley 1960 que modifica el numeral 4º de la ley 909 de 2004 tiene efectos retrospectivos. toda vez que entra a regular unas situaciones de hecho que no han consolidado derechos adquiridos (nombramiento en periodo de prueba o la propiedad del cargo) en cabeza de la suscrita y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional enmarcada, entre otras, en la Sentencia T- 415 de 2017 se tiene que:

“cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua”. Lo anterior permea todas las normas que regulan el uso de las listas de elegibles, inhibiendo del ordenamiento jurídico toda restricción para el uso de las mismas, que, estando vigentes, sin tal modificación legislativa, no hubiese sido posible su utilización para proveer de manera definitiva las vacantes surgidas con posterioridad a la fecha de su convocatoria a concurso abierto de méritos en cargos del mismo tipo de empleo o en cargos equivalentes.

21.- El artículo 7º de la Ley 1960 de 2019 dispone: “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 todas las demás disposiciones que le sea contrarias.**”

22.- Con ocasión a la expedición de la Ley 1960 de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil en la data del 01 de agosto de 2019, emitió un Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019”, en el cual se plantearon como referencia problemas jurídicos bajo los siguientes interrogantes: “1) ¿Cuál es el ámbito de aplicación de las listas expedidas con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?”; “2) ¿Se aplican con exclusividad a las vacantes ofertadas en los procesos de selección que concluyeron con la expedición de dichas listas o, por el contrario, pueden ser usadas para proveer vacantes de empleos equivalentes en la misma entidad bajo la nueva regulación prevista en la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?”; y “3) ¿Cuál es el régimen aplicable a aquellas listas que serán expedidas una vez concluidos los procesos de selección iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019 pero las listas se expedirán con posterioridad al 27 de junio?”

De conformidad con los anteriores interrogantes, la Comisión determinó que:

“Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas inicialmente para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, 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 ampliamente mencionada.”

23.- Ahora bien, el 16 de enero de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil adoptó un nuevo criterio unificado sobre el “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019”, **en el cual expresamente se determinó que “Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019 “Lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019”, junto a su aclaración.”**

24.- EL CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el día 16 de enero de 2020, fue expedido en aras de aclarar lo pertinente a la utilización de las listas de elegibles bajo marco normativo de la Ley 909 de 2004, **el Decreto 1083 de 2015 y la Ley 1960 de 2019**, para lo cual se plantearon los siguientes problemas jurídicos: “1)¿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 junio de 2019?”; y 2) “¿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?”

En dicho documento la Comisión Nacional del Servicio Civil estableció claramente 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 acuerdo 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, **deberá usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran 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 el mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

25.- La Comisión Nacional del Servicio Civil, con el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” de fecha 16 de enero de 2020 varió sustancialmente su posición inicial respecto del Criterio Unificado de fecha 01 de agosto de 2019 que prescribía la utilización de las listas de elegibles durante su vigencia solo para las vacantes ofertadas en el respectivo acuerdo de convocatoria; contrario sensu, en el Criterio Unificado de enero 16 de 2020 la CNSC dejó sin efectos el primer criterio unificado y en su lugar dispuso que las listas de elegibles conformadas y aquellas que sean expedidas **en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019**, (es decir, aplica para para el proceso de selección 433 de 2016 – ICBF) deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran 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”, estableciendo los criterios a tener cuenta a efectos de identificar si las nuevas vacantes conforman o no el mismo tipo de empleos**, para lo cual lo identifica con la OPEC para la cual concursó la aspirante.

26.- De otro lado lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” de fecha 16 de enero de 2020, es una afrenta al artículo 6° y 125 de la Constitución Política de 1991 en el entendido que hace una interpretación restrictiva a las prescripciones legales establecidas en la Ley 1960 de 2019, sin tener competencia para ello, usurpando funciones que son propias del legislador, constituyéndose lo anterior en una extralimitación de sus funciones, pues en ningún aparte de la Ley 1960 de 2019 se estableció que la utilización de la lista de elegibles se condicionaba a las nuevas vacantes que surgieran con posterioridad al 27 de junio de 2019 tuvieran identidad con la OPEC para la cual concursó el elegible, es decir, que las nuevas vacantes correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y el mismo grupo de aspirantes, antes por el contrario, la Ley 1960 fue de prodiga claridad al establecer que “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará 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 del concurso en la misma entidad.” En razón de lo anterior, el criterio unificado de uso de lista expedido por la CNSC de fecha 16 de enero de 2020 debe ser inaplicado por inconstitucional.

27.- No obstante a lo anterior, la sala plena de la de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en sesión de fecha 22 de septiembre de 2020 **aprobó un nuevo Criterio Unificado en el que regula el Uso de Listas de Elegibles para Empleos Equivalentes**, contrariándose una vez más con los criterios unificados que le anteceden, quedando de manifiesto el manejo impreciso y hasta fraudulento que se la ha dado a los concursos de méritos que esta entidad adelanta, con grave incidencia vulneratoria de derechos fundamentales de los elegibles. En esta ocasión, contrario sensu a lo que se había establecido en los Criterios Unificados de

fecha 01 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil sí acepta que se pueden utilizar las listas de elegibles para la provisión de empleos que tengan carácter de equivalentes, y abandona el criterio que solo se podían utilizar las listas para proveer cargos que tengan la característica de “mismo empleo” los cuales los identificaba con la OPEC para la cual concursó el elegible; ahora establece las pautas para determinar que debe entenderse por empleo de carácter equivalente y los diferencia del concepto de “mismo empleo”

28.- En virtud de lo anterior le asiste entonces la obligación a la entidad nominadora (ICBF), de observar el estricto orden mérito de las listas de elegibles vigentes para proveer los cargos que, 1). Habiendo sido ofertados en la Convocatoria N°433 de 2016 y provistos según el orden de mérito de los elegibles, posteriormente fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; 2). Aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; 3). Aquellos cargos creados con posterioridad a la apertura de la convocatoria N°433 de 2016, es decir, aquellos creados mediante el Decreto N° 1749 de 2017 y distribuidos por medio de la Resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017 de ICBF y; 4) aquellos declarados desiertos de conformidad con la Resolución N° CNSC-201822301620055 del 04 de diciembre de 2018.

29.- Respecto del criterio unificado la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), que versa sobre la negativa del uso de listas de elegibles para proveer las vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, en relación a lo ordenado por los artículos finales de la Ley 1960 de 2019, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, mediante fallo de tutela de segunda instancia, bajo número de radicado 76001-33-33-008-2020-00117-01 de fecha 17 de noviembre de 2020, dentro de su ratio decidendi estableció lo siguiente:

8.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión.

La Sala considera procedente la acción de tutela en este caso, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es la vía adecuada para la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pues, pese a existir otros mecanismos ordinarios de defensa, éstos se tornan ineficaces cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable. De otro lado, para la Sala las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la accionante y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no permitirles acceder a la carrera pese a haber superado un concurso de mérito y existir vacantes, so pretexto de aplicar el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” del 16 de enero de 2020, condicionando las listas de elegibles vigentes a que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica, desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; de donde se concluye que interpretan que el cambio de ubicación geográfica desnaturaliza la categoría de “mismos empleos”. En consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de las accionantes.

Para soportar esta decisión abordará los siguientes temas: i) la acción de tutela; ii) procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos; y iii) el caso concreto.

8.4.1. *La acción de tutela De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política de 1991 la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado a través de la Rama Judicial la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en determinados casos. Esta acción es de carácter residual y subsidiario, sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, idóneo,*

que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos; salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable que debe aparecer acreditado en el proceso. 8.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos. De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable: “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 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.”⁶ Estas excepciones a la improcedencia de la tutela se han desarrollado jurisprudencialmente frente a casos específicos⁷: “De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia: “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.” En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos: “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. En efecto: 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.” En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición: “... 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

8. DECISIÓN. RESUELVE PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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. 13 La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. 14 Fecha en la que vencía la vigencia de las listas. Página 12 de 12 Acción de Tutela Accionante: Yoriana Astrid Peña Parra y otra Accionado: CNSC y ICBF Radicado No 76001-33-33-008-2020-00117-01 Sentencia de segunda instancia

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.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992. SEXTO: REMITIR dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si no fuere impugnada, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En este mismo sentido el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, en fallo de segunda instancia, bajo el radicado N° 76 001 33 33 021 2019 00234, de fecha 18 de noviembre de 2019, establece:

7.4 Tesis de la Sala Mixta de Decisión:

La Sala considera que las demandadas (CNSC y ICBF)³ vulneran los derechos fundamentales de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 so pretexto del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos inter comunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido en la sentencia T946 de 2011. (...)

7.4.4 Tesis de la Sala Mixta de Decisión:

La señora Jessica Lorena Reyes Contreras acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos vulnerados por las entidades accionadas al no nombrarla y posesionarla en uno de los 49 cargos de carácter permanente creados mediante el Decreto 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria No 433 de 2016 en el ICBF.

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

³ Subrayas fuera de texto.

que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.”

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

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

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

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

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

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

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

En esta línea de pensamiento, no se comparte el criterio del a quo que desvinculó a la CNSC para responder por la presunta violación de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la accionante, pues en primer lugar, le corresponde elaborar la lista de elegibles que posteriormente enviará a las entidades para proveer las vacantes definitivas mediante los nombramientos y la respectiva posesión de los que conforman dichas listas en este caso, el ICBF; y en segundo lugar, fue dicha entidad quien a través de la Resolución No 20182230156785 del 22 de diciembre de 2018 revocó el artículo cuarto de todos los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, que permitía que pudieran ser utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surgieran durante su vigencia en los mismos empleos convocados y profirió el 1º de agosto de 2019 el Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Con base en lo anterior, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante, así como los de aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución No CNSC- 20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues si los efectos de esta sentencia fueran inter partes, las personas que se encuentran en la misma situación de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y que no acudieron al proceso verían vulnerados sus derechos fundamentales (efectos inter comunis), máxime si se considera que existen 49 cargos vacantes o surtidos en provisionalidad; en esta secuencia se le ordenará a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quienes conforman la lista de elegibles expedida por el acuerdo No. CNSC – 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016 para optar, proceso que en todo caso no podrá exceder un mes calendario contado a partir del cumplimiento del término de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar los aspirantes dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas y en estricto orden de mérito.

8. DECISIÓN - RESUELVE: (...)

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

TERCERO: INAPLÍQUESE por inconstitucionalidad, el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 1º 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 la lista de elegibles opten, proceso que no podrá exceder del término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento del término de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.

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

30.- De otra parte el día veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020) el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE, profirió Sentencia de 1ra instancia de tutela N° 73001-31-09-003-2020-00040, interpuesta por el doctor JORGE FRANKLIN FLORIDO POLANIA. Así:

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué-Tolima, administrando justicia en nombre de la REPÚBLICA y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la carrera administrativa por meritocracia y al trabajo del señor Jorge Fránclyn Florido Polanía

SEGUNDO: Declarar la inaplicación por inconstitucional, del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional Del Servicio Civil –CNSC-, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, habilite la lista de elegibles a efectos de que el ICBF, efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba al accionante, siempre y cuando supere los requisitos de inhabilidades e incompatibilidades, en el cargo denominado Defensor de Familia, código 2125 grado 17.

En este caso en particular el doctor FLORIDO POLANIA, concurso mediante la OPEC No. 34800 con ubicación en el municipio de **Purificación, Tolima**, conforme a RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182230062555 DEL 22-06-2018 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF" y fue nombrado en el **Espinal, Tolima**, es decir, fue nombrado en una ubicación geográfica diferente para la cual concurso, los accionados erraron al no conformar una lista Regional para la provisión de dichas vacantes y así respetar y garantizar el Derecho Fundamental al Debido Proceso de los elegibles. Ya que como se puede evidenciar del documento de reporte de vacantes (Adjunto como material probatorio) a nivel Chocó existen confirmadas 2 vacantes en provisionalidad y a nivel país cien (100).

31.- En la data 12 de abril de 2020, es decir, estando vigente la lista de elegible Resolución N° CNSC- 20182230062295 del 22 de junio de 2018, radique petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) solicitando mi nombramiento en periodo de la prueba para el cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en su planta global, con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, toda vez que la lista estaba próxima a vencer, entidad que emitió contestación mediante correo electrónico de fecha 29 de abril de 2020 en el cual denegando mi solicitud, argumentando como tal las disposiciones del Criterio Unificado de Uso de Listas de elegibles del 16 de enero de 2020, relegando tal posibilidad a la existencia de cargos que cumplan con los criterios dispuesto en la OPEC para la cual concurse. Notando que esta entidad el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha faltado al deber legal y actuado de manera incongruente y negligente, puesto dejó vencer las listas de elegibles sin darle aplicación a la unificación de la misma y continuar en estricto orden de mérito con los nombramientos ya que se evidencio a nivel país la existencia de vacantes las cuales pueden ser cubiertas con las listas de elegibles.

32.- Es importante indicar al Juez Constitucional que de conformidad con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, mismo que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, dicha norma me habilita para ser nombrada no solo para el cargo con el número de OPEC 34339 para el cual concurse, que se limita a la ubicación geográfica de Quibdó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, una vez agotadas las vacantes territoriales convocadas, porque no limita la provisión a esta circunstancia, sino a que se presente la vacante en cualquier parte del país.

33.- Para apalancar lo anterior, es un hecho que, para el cargo de Defensor de Familia, grado 17, código 2125 para el cual concurre y actualmente estoy en lista de elegibles, existían a nivel nacional cien (100) plazas provisionales vacantes que no han sido provistas con las listas de elegibles de los cuales se pone de manifiesto su ubicación geográfica; este número de plazas según comunicado enviado por el ICBF a la CNSC en la fecha 03 de marzo 2021 Rad. 20213200475242, se informa que a corte 27 de enero de 2021, a nivel nacional el ICBF cuenta con ciento cuatro (104) vacantes definitivas para el cargo Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, cifra que podría seguir aumentando ya que se tiene conocimiento que, para el Centro Zonal Quibdó misma OPEC para la cual participe en el concurso, en el mes de enero de 2021, quedo un cargo en vacancia definitiva por jubilación de uno de los Defensores de Familia. La información de las cien (100) plazas vacantes se extrae de la contestación emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la fecha 14 de diciembre 2020 en cumplimiento de fallo de tutela para un nombramiento en periodo de prueba para el cargo Defensor de Familia código 2125, grado 17, (documento que se anexa como material probatorio) de hecho, muchos profesionales han sido nombrados en ubicaciones geográficas distintas a las escogidas durante el concurso, y de no ser posible en mi caso particular continuaría la afectación ostensiblemente mis derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, además de quienes se encuentran al igual que yo en las listas de elegibles, incluso una mirada rápida a todo este tema es que si de méritos se trata, actualmente tengo más puntaje que muchas personas de las que se encuentran ya nombradas en periodo de prueba, funcionarios que de la mano benefactora del Estado a través de los jueces de la Republica han ordenado por vía de tutela el nombramiento de estos profesionales, (algunos de estos fallos serán enunciados más adelante) luego atendiendo al principio constitucional de “merito” me asiste el derecho hacer nombrada.

Para la provisión de los cargos de carrera ofertados mediante concurso de méritos, cuando existes varias vacantes, se procederá como lo establece el artículo 14 del Acuerdo N° 562 de 2016 de la CNSC estableció: **Artículo 14. Procedibilidad para realizar la audiencia pública para la escogencia de empleo.** *Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.”*

34.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) se muestra renuente a cubrir las vacantes definitivas existentes en su planta global de personal, lo cual vulnera mis derechos fundamentales y los derechos de todas las personas que se encuentran en las diversas listas de elegibles. Para sustentar mi dicho y la falta de diligencia del ICBF la jurisprudencia Constitucional y un sinnúmero de fallos judiciales proferidos en el marco de la convocatoria 433 precisamente por casos semejantes por no decir iguales al aquí planteado así lo determina, puesto los profesionales se han visto en la obligación de recurrir a la acción de tutela para el restablecimiento de sus derechos, entre los cuales podemos mencionar:

- Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2020 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Rad. **76001-33-33-008-2020-00117-01**.
- Sentencia T -340 de 2020 emitida por la Honorable Corte Constitucional, Referencia: Expediente **T-7.650.952** de fecha 21 de agosto de 2020.

- Sentencia de segunda instancia de fecha 18 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Radicado N° **76 001 33 33 021 2019 00234**.
- Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero penal del Circuito de Ibagué, de fecha veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020), **Radicado N° 73001-31-09-003-2020-00040**.
- Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado **66001-33-003-2020-00127-01**, sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pamplona – sala única de fecha 30 de junio de 2020 rad. **54-518—31-12-002-2020-00033-01**.

- Sentencia del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Arauca del 22 de agosto de 2020, radicado **2020-00209-00**.

- Radicado **11001-33-42-055-2020-00079-00** Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección primera-subsección A Accionante Manuel Fernando Duran Gutiérrez Proferido el 16 de junio del 2020 Magistrado ponente Luis Manuel Lasso Lozano Fallo de segunda Instancia.

- Radicado **15001 33-33-007 202005700** Juzgado Séptimo Laboral Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accionante Aura Eunice Tovar Ayala proferido el 22 de mayo del 2020 Fallo de Primera Instancia.

- Radicado **17174310400120200000901** Tribunal Superior de Manizales Accionante Eleonora Maya Ospina Magistrado ponente Antonio María Toro Ruiz Proferido el 17 de abril del 2020 Fallo de Segunda Instancia.

- Acción de tutela de Aura Magola Montenegro Benavides, con sentencia de fecha del 03 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, por medio de la cual se tutelan los derechos fundamentales de la quejosa, y ordena que luego de adelantados los trámites administrativos, se efectúe el nombramiento en periodo de prueba.

Existen además de los ya enunciados, otros fallos proferidos en las distintas jurisdicciones reconociendo que la Ley 1960 de 2019 aplica a los concursos vigentes, convocados con anterioridad a su entrada en vigencia, para el caso concreto la convocatoria 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por lo que desde ya y en atención al derecho constitucional a la igualdad, debe dársele misma aplicación, esto como protección inmediata a mis derechos fundamentales.

35.- Es imperioso a efectos de garantizar los derechos fundamentales invocados en esta acción tener en cuenta el derrotero fijado por la Honorable Corte Constitucional en la **Sentencia T- 112 A de 2014**, en cual claramente estableció que estando vigente una lista de elegibles era obligación de la entidad convocante solicitar la autorización de uso de lista de elegibles para proveer los cargos declarados en vacancia definitiva aun cuando estos no hayan sido objeto de la convocatoria, y si la persona que ostenta la calidad de elegible petitionó su nombramiento dentro los términos de vigencia de dicha lista, aun cuando esta se encuentre vencida, es procedente tutelar sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos a través del mérito puesto que no puede cargar con las consecuencias de una responsabilidad que es propia de la entidad convocante. Así dijo la máxima Corporación de la jurisdicción Constitucional:

“En efecto, la Convocatoria 001 de 2005 se adelantó con base en la Resolución No. 171 del 5 de diciembre de 2005 y el Decreto 1227 de 2005 reglamentario de la Ley 909 de 2005. A su vez, cumplidas todas las etapas del proceso de selección de dicha convocatoria se procedió a conformar la lista de elegibles que en el caso concreto fue materializada en la Resolución No. 3037 del 10 de junio de 2011. La accionante presento derecho de petición a la Gobernación de Santander el 2 de abril de 2013, solicitando a esta que al igual que en otros casos pidiera la respectiva autorización de uso de la lista de elegibles en la que ella se encontraba a la CNSC con base en las pautas de la convocatoria que le eran aplicables para proveer vacantes definitivas ocurridas luego del 7 de diciembre de 2009 por renunciadas presentadas por distintos funcionarios.

Es oportuno aclarar que actualmente la lista de elegibles ha perdido vigencia. Conforme al artículo 15 de la resolución 3037 de 2011 de 10 de junio de 2011, las listas de elegibles conformadas a través de dicho acto administrativo tendrán una vigencia de dos años desde la fecha de su firmeza. Conforme a lo publicado por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 29 de junio de 2011², de forma tal que su vigencia fue hasta el 29 de junio de 2013.

Sin embargo, la señora Torres Rodríguez, elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como las normas del concurso que regían lo permitían, o por lo menos que se elevara la solicitud de autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC, por lo que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio.

De lo anterior se concluye que no podía negársele a la señora Torres Rodríguez su petición, tan solo por la expedición del nuevo decreto. Más aún si tal como lo ha expuesto la accionante, y obra en el expediente, que en otro caso similar se hizo la solicitud de la autorización y fue nombrada la señora Fradis Moreno Gómez quien se encontraba en la misma lista de elegibles que la accionante pero ocupando la tercera posición³. En este caso similar, la Gobernación de Santander solicitó autorización a la CNSC en julio de 2011 para hacer uso de la lista de elegibles para proveer un empleo que se encontraba en vacancia definitiva. La comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio 2011EE35983, dio aprobación del uso de listas de elegibles para ese caso concreto⁴.

36.- De igual forma la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia 25000- 23-42-000-2019-00730-01(AC), del 8 de agosto de 2019 con ponencia del Consejero Ponente Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ; en virtud de lo consagrado en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; determina lo siguiente:

“El Consejo de Estado Sección Cuarta ha dicho lo siguiente:

Respecto al concurso de méritos de la Procuraduría General de la Nación (Convocatoria 06 del 2015), la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en una acción de tutela, concluyó que no es aceptable el argumento que se funda en la “imposibilidad” de proveer todas las vacantes ofertadas por el vencimiento de la lista de elegibles.

La tesis jurídica de la decisión es clara: los empleos ofertados mediante concurso de méritos deben proveerse con base en la lista de elegibles, en estricto orden descendente y hasta agotar todas las vacantes.

En el caso concreto, la accionante participó en el concurso de méritos para proveer 94 vacantes para el cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa, adelantado por el Ministerio Público.

La Sala encontró que la expiración de la lista no constituía una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, porque:

- i. La accionante solicitó su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y***
- ii. Admitir dicho argumento sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa, el rol constitucional del principio de mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el Estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista.***
- iii.***

Una vez efectuado el nombramiento del concursante, este debe ser retirado de la lista, salvo que no haya aceptado o no se poseione por razones ajenas a su voluntad.

Esto significa que una vez nombrados los elegibles, la Procuraduría debió depurar la información de la lista. Es decir, retirar a las personas que aceptaron el nombramiento y tomaron posesión del cargo y dejar aquellas que por razones ajenas a su voluntad no lo hicieron, de ser el caso. La entidad, efectivamente, acreditó que realizó ese ejercicio, al recomponer la lista. El resultado de esa depuración fue que el accionante quedó como el primer integrante de tal registro.

Sin embargo, precisa el fallo, lo que no acreditó es que haya continuado con la recomposición de la lista, con miras a proveer todos los cargos ofertados con los elegibles. Esto significa que la entidad debió continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho, de acuerdo con su posición en la lista.

“Era su obligación analizar si existían más personas en las mismas condiciones que el peticionario, es decir, si persistían elegibles que no pudieron aceptar el nombramiento o no se posesionaron por razones ajenas a su voluntad”.

el alto tribunal aclaró que si bien amparó el derecho fundamental al debido proceso y el principio del mérito, esto no era un impedimento para que el órgano de control se abstenga de proveer todas las vacantes ofertadas con los elegibles de mejor derecho, teniendo en cuenta que el amparo es transitorio, esto es, hasta que la accionante cumpla las condiciones para alcanzar su pensión de vejez (C. P. Jorge Octavio Ramírez).

Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 25000234200020190073001(AC), Ago. 8/19.”

37.- Así las cosas, es procedente que se tenga en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado en la referida acción de tutela, ya que como ocurrió en el concurso de la Procuraduría, en este caso no se ha dado solución a todas las situaciones administrativas, en especial a la recomposición y unificación de la lista de elegibles y por consiguiente proveer todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria N° 433 de 2016, puesto como ya se indicó actualmente a nivel país existen cien (100) vacantes en provisionalidad las cuales pueden ser provistas definitivamente con las listas de elegibles.

38.- Ahora bien, en este caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), no podría alegar que no procedería mi nombramiento en periodo de prueba bajo el argumento que la lista de elegibles de la cual hago parte se encuentra vencida, pues sería violatorio a mi derecho fundamental de igualdad, ya que el día 14 de octubre de 2020, fue nombrada en periodo de prueba la Dr. Vanessa Eulalia Cucalón, en una vacante que no fue convocada en el concurso 433de 2016, es de resaltar que la profesional nombrada hace parte en la posición N° 12 de la lista de elegibles en la que me encuentro, es decir, estando la lista vencida el ICBF procedió a su nombramiento. Como se confirma con la resolución:

RESOLUCIÓN No. 5475 14 OCT 2020

Por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba
y se dictan otras disposiciones

se debe dar continuidad al funcionamiento de todas sus áreas misionales, las cuales son indispensables para la correcta y oportuna prestación del servicio en todo el territorio nacional.

Por lo anterior y en atención a lo establecido en el Decreto 491 de 2020 y la Circular No. 0009 de 2020 de la CNSC, y por tratarse de un nombramiento en periodo de prueba de un empleo que no es del nivel técnico o asistencial y se encuentra asignado a un Centro Zonal, el periodo de prueba será evaluado dentro de los términos establecidos en el Acuerdo 6176 de 2018 de la CNSC, por lo que el mismo iniciará a partir de la fecha de expedición del presente acto administrativo; razón por la cual deberá efectuarse la concertación de compromisos laborales en periodo prueba e iniciarse con el desempeño de las funciones.

Que por lo anteriormente expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. - Nombrar en periodo de prueba, en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar identificado con el Código OPEC 34339, ubicado en municipio Quibdó de la Regional CHOCÓ:

CÉDULA	NOMBRES Y APELLIDOS	CARGO	PERFIL	DEPENDENCIA	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL
35.897.474	VANESSA EULALIA CUCALON MENA	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17 (REF. 26432)	DERECHO	C.Z. QUIBDÓ	\$4.953.304

PARÁGRAFO PRIMERO: El periodo de prueba de que trata el presente artículo tendrá una duración de seis (6) meses contados a partir de la fecha de posesión, al final de los cuales será evaluado el desempeño laboral por el superior inmediato, en los términos dispuestos en el Acuerdo 6176 de 2018. De ser satisfactoria la calificación se procederá a solicitar ante la CNSC ser inscrito o actualizado en el Registro Público de Carrera Administrativa, o de lo contrario, el nombramiento será declarado insubsistente mediante Resolución motivada."

PARÁGRAFO SEGUNDO: El designado en periodo de prueba, tendrá diez (10) días hábiles para manifestar si acepta el cargo y diez (10) días hábiles siguientes para tomar posesión, de conformidad con los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015, adicionado y modificado por el Decreto 648 de 2017.

PARÁGRAFO TERCERO: Durante la vigencia del periodo de prueba, a los servidores públicos no se les podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la Convocatoria 433 de 2016 que sirvió de base para su nombramiento, en virtud del artículo 2.2.6.29 del Decreto 1083 de 2015.

39.- Acudo a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que soy madre soltera, responsable del sostenimiento de dos hijos menores de edad, desde mi salida del ICBF en el año 2018, he laborado como contratista, contratos que por su naturaleza no son continuos y están sujetos a la voluntad de algunas personas, esta forma de vinculación además no me permite contar con estabilidad económica, viéndose afectado el mínimo vital, lo cual constituye un factor de alto riesgo psicológico para mí. Adicionalmente es posible que mientras se define un proceso contencioso que podría tardar años, es una posibilidad que los cargos a los que aspiro sean removidos por una reestructuración administrativa por parte del ICBF como ha ocurrido en otras oportunidades.

40.- Se convierte la ACCION DE TUTELA en este caso, el mecanismo idóneo y eficaz para debatir este asunto, pues el proceso ordinario sea la acción judicial que sea, es una carga más que debo soportar, cuando es flagrante la vulneración de mis derechos, no es la solución efectiva ni oportuna, por ser el trámite ordinario muy prolongado, máxime ahora que la Administración de Justicia tiene un represamiento de procesos considerable, lo que dilata y hace aún más nugatorios mis derechos, manteniendo la vulneración indefinidamente, cuando lo que realmente se necesita es una solución inmediata a corto plazo, por lo que procede en este caso dicha acción. No considero justo que habiendo participado en un concurso de méritos en el que tengo un derecho de ser nombrada, tenga que acudir a una demanda ordinaria para ello.

PRETENSIONES:

1. Que se tutelen mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al acceso a cargos públicos de conformidad con los artículos 13, 25, 29, 40 y 125 de la Constitución Política, así como cualquier otro derecho fundamental que el Honorable Juez Constitucional encuentre vulnerado o amenazado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

En consecuencia:

2. Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dar aplicación al artículo 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, **con efectos retrospectivo, tal como lo ha dispuesto la reciente jurisprudencia constitucional enmarcada en la sentencia T- 340 de 2020 y proceda a efectuar mi nombramiento y posesión en periodo de prueba dentro de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para lo cual se debe:**

3. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, de manera inmediata, en cumplimiento del término perentorio concedido por fallador, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para que se provean con carácter definitivo los cargos de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; **o aquellos que fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 y que al momento de su apertura estaban provistos con personal en carrera administrativa;** o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo u otra; **y/o de manera subsidiaria en algún otro cargo de carácter equivalente** dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, todo en estricta observancia del orden del mérito de conformidad con el puntajes obtenidos durante todo el proceso o curso abierto de méritos, ello en relación con el Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto N°1083 de 2015 el cual establece: ***“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”.***

4.- Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizar y remitir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera inmediata la lista de elegibles con la cual se deberá proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; **o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa;** o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; todo en obediencia estricta al término perentorio que ordene el juez constitucional, y en cumplimiento de lo establecido en la Ley 909 de 2004 artículo 11 literal f) y con observancia de lo establecido en el párrafo de dicha norma; **y/o de manera subsidiaria en algún otro cargo de carácter equivalente** dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en virtud con lo prescrito en el Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto N°1083 de 2015, el cual establece el concepto de empleos equivalentes.

5.- **INAPLICAR** haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad al criterio unificado “Uso de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2020” expedido por la CNSC el día 16 de enero de 2020 por las razones que se expondrán en las consideraciones jurídicas.

PETICIÓN ESPECIAL

A efectos de precaver eventuales nulidades de carácter procesal, se le solicita muy respetuosamente al Honorable Juez del conocimiento vincular al presente trámite tutelar a los aspirantes al cargo ofertado mediante la OPEC N° 34339 denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17 que se encuentran en la lista de elegibles estructurada a

través de la Resolución N° CNSC- 20182230062295 del 22 de junio de 2018, emitida en el marco de la convocatoria N°433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, reglamentada por el Acuerdo N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil; **de igual manera vincular a todas las personas que ocupan los cargos de igual denominación y grado que habiendo sido ofertados en la convocatoria N° 433 de 2016 hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004**, así como también a aquellas personas que ocupan tales cargos declarados desiertos mediante la Resolución N° CNSC- 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, para lo cual se deberá oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que suministre al juzgado de conocimiento los listados con los nombres e identificación de estas personas aportando sus direcciones de correo electrónico a efecto de que puedan ser notificadas de la presente actuación, para que de esa manera se le pueda garantizar su derecho de defensa y contradicción, toda vez que las resultas del fallo de tutela que se emita en razón de este proceso pueden afectar sus derechos de carácter laboral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A manera de introducción, previa a la presentación de los fundamentos de derecho que permitan dirimir el fondo del presente asunto constitucional, y en consecuencia lograr de parte del Juez de amparo la orden perentoria de protección que se solicita, es menester disipar cualquier duda que pueda tejerse alrededor de la procedencia de la acción de tutela; se yergue entonces imperativo hacer referencia a los requisitos de procedibilidad de la acción, los cuales han sido ampliamente decantados por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, estableciendo como tales los siguientes: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) inmediatez; y (v) subsidiariedad.

De la legitimación en la causa por activa

En Sentencia SU-377 de 2014, la Corte Constitucional puntualizó las siguientes reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa se refiere: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar *“por sí misma o por quien actúe a su nombre”*; (ii).

Se tiene entonces que en mi calidad de accionante me encuentro legitimada en la causa por activa, en el entendido que considero me han sido vulnerados mis derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a los cargos públicos y al mérito por parte de las entidades demandadas.

De la legitimación en la causa por pasiva

Según lo previsto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra

(i) toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya vulnerado, vulnere o amenace vulnerar cualquier derecho fundamental; y (ii) las acciones u omisiones de los particulares.

Ha confirmado la Corte Constitucional que la legitimación en la causa por pasiva hace referencia a la aptitud legal de la persona (natural o jurídica) contra quien se dirige la Acción. De ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Es dable manifestar entonces que tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, se encuentran plenamente legitimados para comparecer al proceso de marras siempre que son las entidades responsables de efectivizar las garantías que se reclaman, y, la fuente de su vulneración encuentra respaldo en el accionar y el omitir de estas entidades en el manejo del proceso de Convocatoria N°433 de 2016 del ICBF.

En cuanto a la Comisión Nacional del Servicio Civil respecta, su legitimación en la causa por pasiva deviene de la misma Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 130 establece:

“ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

La Comisión Nacional del Servicio Civil acentúa la vulneración de los derechos fundamentales al emitir el Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019” de fecha 01 de agosto de 2019, y el Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019” de fecha 16 enero de 2020, **contraviniendo el efecto retrospectivo de las prescripciones normativas de la Ley 1960 de 2019 artículo 6° y excediendo su margen de competencias al establecer unas restricciones normativas no contempladas por el legislador en la ley precitada.**

Ahora bien, en virtud de las disposiciones de la Ley 909 de 2004 a la Comisión Nacional del Servicio Civil le compete:

“Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

(...)

*“e) **Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles;** el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;*

*“f) **Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;**”*
(Resaltado y subrayado nuestro)

“Artículo 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

(...)

*“h) **Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;**”*
(Resaltado y subrayado nuestro).

Por su parte la legitimación en la causa por pasiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene su fundamento, en que le corresponde a esta entidad hacer los llamados y expedir los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba a quienes de conformidad con la lista de elegibles que elabore la Comisión Nacional del Servicio Civil resultaren en posición de elegibilidad en virtud del estricto orden del mérito, toda vez que lo anterior constituye la última etapa del concurso adelantado.

En efecto, el Decreto N° 1083 de 2015 en su artículo 2.2.6.21 prescribe: **“Envío de listas de elegibles en firme. En firme la lista de elegible la Comisión Nacional del Servicio enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de lista de elegibles y en estricto orden de méritos se produzca el nombramiento en periodo de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.”** (Resaltado y subrayado nuestro).

Guardando relación con la norma que antecede, el artículo 65 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 que regula la convocatoria N° 433 de 2016 estableció:

*“Art. 65. **PERIODO DE PRUEBA EVALUACIÓN Y EFECTOS.** Una vez publicados los actos administrativos que contengan las respectivas listas de elegibles debidamente ejecutoriadas y cumplidos los requisitos para la vinculación y toma de posesión del cargo, previstas en las normas legales y reglamentarias que se expidan para el efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF tendrá diez (10) días hábiles para producir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, que tendrá una duración de seis (6) meses.”* (Resaltado y subrayado ajeno al texto).

Además de ello, el ICBF tiene la obligación de solicitarle a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización para para el uso de listas de elegibles, y justamente ha sido esta entidad quien se ha negado a iniciar los trámites pertinentes para tales efectos, omisión que este caso también la compromete como autora de la vulneración de los derechos fundamentales que se reclaman, todo de conformidad con el artículo 11 literal f de la Ley 909 de 2004.

Así las cosas, y dada la inexorable responsabilidad y competencia del ICBF dentro el trámite en cuestión, se legitima su comparecencia en la causa como parte demandada en la presente Litis.

De la trascendencia iusfundamental del asunto.

Frente a este presupuesto de procedibilidad, básicamente ha señalado la Corte Constitucional que se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.

Se torna entonces incuestionable la trascendencia iusfundamental del presente debate dado que se ventila la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos en virtud del mérito de la suscrita, además, el presente asunto se encuentra revestido por el interés público pues compromete la eficacia y recto ejercicio y funcionalidad de la administración pública.

Del cumplimiento del principio de inmediatez

El máximo Tribunal Constitucional ha puntualizado en una prodiga línea jurisprudencial que de conformidad con el presupuesto de inmediatez, la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional.

Para constatar el cumplimiento de este requisito, el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela; y/o (ii) **si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que desplegué en defensa de mis derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo tutelar.**

Ahora bien, en gracia de discusión, se tiene que la acción de tutela puede ser tenida como precedente aun cuando entre el hecho vulnerador y la interposición de la misma haya transcurrido un lapso de tiempo considerable, lo que en principio tornaría inviable la solicitud de amparo ello en aras de garantizar la seguridad jurídica de las actuaciones administrativas.

Empero, la corte constitucional en la Sentencia T – 158 de 2016 estableció unas excepciones a la regla general que deben ser valoradas atendiendo las particularidades de cada caso concreto. En efecto, dijo la corte:

*“De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: **(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.** y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.” (Resaltado y subrayado nuestro).*

Así pues, la presente acción de tutela satisface el principio sub examine dado que **la viabilidad jurídica de la presente acción deviene de la modificación del estado de cosas jurídicas que introdujo la Ley 1960 de 2019,** empero, en la data del 01 de agosto de 2019 la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019” denegó nuevamente cualquier posibilidad para el uso de las listas de elegibles vigentes para proveer las nuevas vacantes surgidas con posterioridad al 05 de septiembre de 2017 (fecha del acuerdo de convocatoria), **no obstante dicho planteamiento fue dejado sin efecto en la data del 16 de enero de 2020 con la expedición de un nuevo Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019”, criterio en que la Comisión Nacional del Servicio Civil introdujo unos requisitos adicionales, ajenos a la Ley que en que se fundamenta, en evidente extralimitación de las funciones que le son propias, creando unas barreras para la utilización de las listas de elegibles para la provisión de las vacantes que surjan con posterioridad al acuerdo de convocatoria a concurso, como lo son que las nuevas vacantes tengan identidad con la OPEC para la cual concursó el aspirante (elegible), asimilando el concepto de “cargos equivalentes” con aquellos de igual denominación, asignación básica mensual, funciones, propósito y ubicación geográfica.**

Así las cosas, por actuación administrativa de parte de Comisión Nacional del Servicio Civil, debetenerse el 16 de enero de 2020 como fecha en que se concreta la vulneración a los derechos fundamentales, ello con ocasión de la expedición del **Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019 de enero 16 de 2020.** Empero, tal como se reseña en el hecho N° 26, la Comisión Nacional de Servicio Civil el día **22 de septiembre de 2020** emitió un nuevo criterio unificado donde expresamente por parte de esta entidad se amplían las posibilidades para que pueda ser nombrada de manera subsidiaria en un cargo de carácter equivalente o idéntico para el cual concurre en la convocatoria N° 433 de 2016 del ICBF.

Por tal, tan solo han transcurrido 4 meses desde acaencia de la última actuación administrativa, que de no cumplirse sería una franca vulneración de mis derechos fundamentales, por lo que se concluye que ostensiblemente se cumple con el principio de inmediatez.

Ahora bien, no puede perderse de vista que **la vulneración de mis derechos fundamentales son actuales, y se han mantenido en el tiempo dado que la lista de elegible en la cual figuro en posición de elegibilidad si bien a la fecha ha perdido vigencia,** lo cierto es que está plenamente demostrado que peticione mi nombramiento dentro de los términos de vigencia de dicha lista, por lo tanto se debe proveer de conformidad con el precedente jurisprudencial enmarcado en la sentencia T- 112 A de 2014, y proceder a tutelar los derechos fundamentales invocados de conformidad con la parte petitoria del presente escrito. Es deber del Juez constitucional hacer cesar dicha vulneración ante la posibilidad jurídica de ajustar las actuaciones de las demandadas a la legalidad y garantizar los derechos de la suscrita.

Del cumplimiento del principio de Subsidiariedad.

En este tópico se destaca el precedente judicial enmarcado en **la sentencia T- 180 de 2015,** siendo relevante y aplicable al caso concreto, dado que por la fecha de tal jurisprudencia, se tiene que la Corte Constitucional valoró en su integridad las diversas posibilidades jurídicas con que contaba la actora para garantizar sus

intereses por otra vía de defensa judicial, en este caso, la acción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, inclusive haciendo uso de las medidas cautelares habilitadas en dicho trámite procesal, tal como quedó regulado en la nueva normatividad contenida en la Ley 1437 de 2011.

Dada la claridad y contundencia de la sentencia precitada, me permito transcribir in extenso dicho aparte jurisprudencial:

“Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas e procesos de selección de empleos públicos.

“El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial⁵, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁶.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que, para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral⁷.

Ahora bien, 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 y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes⁸ y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo⁹.

⁵ En Sentencia T-507 de 2012 se reiteró: “El alcance de esta disposición constitucional fue precisado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, precepto que al regular la procedencia de la acción de tutela consagra en su numeral primero que ésta no procederá ‘cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante’.”

⁶ En Sentencia T-753 de 2006, este Tribunal señaló que “la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

⁷ Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: “es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (...) no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograra con la acción de tutela. **No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.**

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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”.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantizar **el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo** y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad¹⁰

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Efectos que se lograrían con la acción de tutela. “No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”

⁸ Sentencia SU-961 de 1999.

⁹ Sentencia T-556 de 2010.

¹⁰ Sentencia T-333 de 1998.

Efectivamente, la Honorable Corte Constitucional analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en un concurso de méritos en la sentencia SU-913 de 2009, de la cual destacamos las siguientes apreciaciones:

*“(...) 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, **la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela 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 Corte que en materia de concurso 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 en que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren la protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir 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.” (Resaltado y subrayado nuestro).

Dicha línea jurisprudencial también se evidencia en la **sentencia T- 507 de 2012**, sentencia posterior a la Ley 1437 de 2011, en la cual se fijó el siguiente derrotero:

“Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resarce por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requiere una solución inmediata, para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (...) En conclusión, (...) la tutela es procedente, aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia excepciona la subsidiariedad de la tutela, dado que, al realizar un estudio del medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política”.

(Resaltado y subrayado nuestro)

FUNDAMENTOS DE DERECHO PARA DIRIMIR EL FONDO DEL PRESENTE DEBATE CONSTITUCIONAL.

Como disertación jurídica de este servidor, se propone, con absoluto respeto, al Juez del conocimiento, admitir como problemas jurídicos angulares para resolver las pretensiones de la demanda:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO.

¿Las disposiciones normativas que consagra la Ley 1960 de 2019 (Artículo 6° modificadorio del artículo 31 de la ley 909 de 2004), tienen efecto retrospectivo, de tal manera que a partir de su entrada en vigencia regula las situaciones jurídicas no consolidadas, en el estado en que se encuentran, respecto de las convocatorias o concursos públicos y abiertos de mérito para acceder a cargos de carrera administrativa en las entidades del Estado que se desarrollan con anterioridad al 27 de junio de 2019?

Ahora bien, es menester para realizar un correcto análisis de la casuística planteada tener siempre de presente los conceptos de **“derecho adquirido”** y **“mera expectativa de derechos”**; bajo su debida comprensión deberá analizarse todo el marco jurisprudencial que fundamenta **la tesis del suscrito, en cuanto a que la Ley 1960 de 2019 debe aplicarse**

con efectos retrospectivos so pena de incurrir en grave desconocimiento del espíritu de la Constitución Política de 1991, toda vez que a la Corte Constitucional, por mandato expreso del mismo constituyente, se le confía la guarda y supremacía de la Constitución, por lo tanto es el intérprete superior y autorizado de la carta política, normas de normas, de conformidad con el artículo 4° y 241° Constitucional.

El anterior planteamiento permitirá dirimir la presente Litis generando la consecuencia jurídica de la emisión de la orden constitucional de protección garantía y efectividad de los derechos fundamentales que imploro en razón del accionar y el omitir de las entidades demandadas en el desarrollo de la convocatoria N° 433 de 2016, tal como se clarificó con suficiencia en el acápite de hechos de la presente acción.

Para tal efecto, se torna imprescindible acudir a los derroteros que la Honorable Corte Constitucional ha fijado respecto de la teoría de los efectos de la Ley en el tiempo, **a través de la sentencia T-340 de 2020, en la cual expresamente se refirió a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 estableciendo el siguiente derrotero:**

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

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hechos ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que se ya se han definido o consolidado, en respecto de los principios de seguridad jurídica y buena fe, así como el derecho de propiedad.

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

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

(...)

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley.”

(...)

“En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de lista elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el

cambio normativo introducido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente". (Resaltado y subrayado nuestro).

El precedente reseñado es prodigo en su claridad expositiva para resolver el problema jurídico planteado, no siendo factible dubitar sobre la recta aplicación de la Ley en el tiempo, por lo que se impone concluir que en el caso sub examine, la situación jurídica en la que me encuentro se enmarca claramente dentro de una mera expectativa de derecho, mas no, de un derecho consolidado, consumado o adquirido, puesto que mientras persista la vigencia de la lista de elegibles para su uso solamente se cuenta con la esperanza de la configuración en cualquier momento de un hecho que permita la generación de una vacante definitiva que habilite el nombramiento en periodo de prueba como interesada, acontecimiento que solo se puede generar efectos jurídicos a favor de la parte actora dentro del término de vigencia de dicha lista, vencido éste, se configuraría una imposibilidad jurídica, extinguiéndose toda posibilidad para adquirir el derecho pretendido: el ingreso a la carrera administrativa en virtud del mérito.

El **aserto** jurisprudencial referenciado con anterioridad es reiterativo en el tiempo por el máximo Tribunal Constitucional. Ejusdem, en la ratio decidendi de la sentencia C - 619 de 2001 se establece inicialmente que, en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. (Postura acogida por la Sala Plena de la CNSC).

Empero, también sostiene que, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, **que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua**. Siendo así, la sentencia referida hace alusión al tema de **TRANSITO DE LEGISLACIÓN**, de la siguiente manera:

TRANSITODE LEGISLACIÓN-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso.

*"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.**"* (Resaltado y subrayado nuestro).

En el caso que nos ocupa la atención, el precedente jurisprudencial sobre TRANSITO DE LEGISLACIÓN precitado, tiene incidencia directa en la situación jurídica en que se encuentra la parte actora, ello de conformidad con lo preceptuado por el Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 que regula la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, el cual en su artículo cuarto establece:

"ARTICULO 4º. ESTRUCTURA DEL PROCESO. El presente concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas.
 - 4.1 Pruebas sobre competencias básicas y funcionales.
 - 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales.
 - 4.3 Prueba psicotécnica de personalidad. Aplica únicamente para

empleos del nivel profesional de áreas o procesos misionales.

4.4 Valoración de antecedentes.

5. Conformación de listas de elegibles.

6. Periodo de prueba

Así las cosas, se tiene que el concurso abierto de méritos inicia con la convocatoria y divulgación de la misma, y finaliza con el cumplimiento del periodo de pruebas.

Respecto de esta última etapa del proceso, el artículo 65° del acuerdo de la Convocatoria N° 433 de 2016 – ICBF establece que:

“ARTICULO 65º. PERIODO DE PRUEBA, EVALUACIÓN Y EFECTOS. Una vez publicados los actos administrativos que contienen las respectivas listas de elegibles debidamente ejecutoriados y cumplidos los requisitos para la vinculación y toma de posesión del cargo, previstos en las normas legales y reglamentarias que se expidan para el efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF tendrá diez (10) días hábiles para producir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, que tendrá una duración de seis (6) meses.

Aprobado dicho periodo por obtener calificación satisfactoria en su evaluación del desempeño laboral en el ejercicio de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente por resolución motivada emitida por la entidad nominadora.” (Resaltado y subrayado fuera del texto).

En este estado de cosas, se debe establecer la situación jurídica de los elegibles que, hasta la fecha no han logrado ser nombrados y posesionados en periodo de prueba dentro de la Convocatoria N° 433 de 2016. Salta a la vista entonces, que quien aquí demanda no ostenta una situación jurídica consolidada o consumada bajo la vigencia de una ley anterior. Por el contrario, resulta palmario la mera expectativa de un probable nombramiento en el cargo para el cual concurre, mi situación jurídica aún está a la espera de ser definida, ya sea con el nombramiento en periodo de prueba o con la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, por lo que es imperioso ordenar a las entidades demandadas dar aplicación retrospectiva a la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba.

SEGUNDO PROBLEMA JURIDICO.

¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales invocados por la parte demandante que tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **condicionen el uso de las listas de elegibles proferidas con ocasión de concursos de méritos con fecha de convocatoria anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, a que nuevas vacantes surgidas con posterioridad a la fecha de convocatoria del concurso respectivo guarden identidad con la OPEC para la cual concursó el elegible, esto es, asimilando la frase “cargos equivalentes no convocados” contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a aquellos que sean de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes? A efectos de dirimir el anterior problema jurídico, se le solicita al juez del conocimiento observar y aplicar al caso bajo estudio el **precedente jurisprudencial horizontal prohijado por el Honorable TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, mediante fallo de tutela de segunda instancia, bajo número de radicado 76001-33-33-008-2020-00117-01 de fecha 17 de noviembre de 2020 donde fungen como demandantes **YORIANA ASTRID PEÑA PARRA** y **ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA** y como partes demandadas, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por ser éste caso de idénticas connotaciones jurídicas, dada la inexorable similitud de los hechos, derechos de los cuales se invoca protección, pretensiones y acervo probatorio en que se funda el debate procesal.**

Obsérvese que la entidad accionada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en respuesta al Derecho de petición enviado por la suscrita, acepta que es procedente la utilización de la lista de elegibles de la cual hago parte, para proveer las vacantes existente en la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar condicionándolo a lo prescrito en el

Criterio Unificado de Uso de Lista de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de fecha 16 de enero de 2020, en el entendido que éste habilita tal posibilidad siempre y cuando las vacantes surgidas con posterioridad al acuerdo de convocatoria del respectivo concurso de méritos, que entre otras cosas se constituye como norma rectora del mismo, sean idénticas a las ofertadas, asimilando los “cargos equivalentes” solo a aquellos que comparten el mismo código OPEC, esto es, que los nuevos cargos tengan **la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.**

Pues bien, no puede perderse de vista que el Criterio Unificado de Uso de Lista de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la data del 16 de enero de 2020, tiene como fundamento

normativo justamente la Ley 1960 de 2019, siendo sus prescripciones normativas de menor jerarquía respecto de las disposiciones legales sub examine, por lo cual, no podía la Comisión Nacional del Servicio Civil desconocer lo establecido en dicha ley que le sirve de fundamento y, por demás, extralimitarse en lo que aquella regula, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y los principios rectores del Estado Social de Derecho tales como el contemplado en el artículo 6° Superior el cual establece que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causay por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Se tiene entonces que Ley 1960 de 2019, la cual modifica el inciso 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 claramente estableció: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará 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 del concurso en la misma entidad”

No podía entonces la Comisión Nacional del Servicio Civil restringir tal prerrogativa establecida por el legislador en uso de libertad de configuración normativa, y dado que dicha ley es totalmente clara al establecer que con la lista de elegibles se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, no son de recibo los argumentos de las demandadas, pues es clara su extralimitación en la aplicación de la ley, de lo que deviene su inaplicación por inconstitucionalidad.

En efecto, se reitera que el Criterio Unificado de Uso de Lista de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 de enero 16 de 2020 establece:

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera-OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las 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 el número de OPEC”. (Resaltado y subrayado ajeno al texto).

Ahora, en el evento de no existir un cargo con igual denominación, código, asignación básica mensual, propósito y funciones **en la ubicación geográfica** para la cual aspire (Quibdó) tal criterio constituye una barrera vulneradora de mis derechos fundamentales que solo el Juez Constitucional puede remover, máxime, si dentro de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tal como quedó demostrado en documento que se adjunta como prueba, existen vacantes disponibles para proveer el cargo de la referencia, dado que no puede perderse de vista que desde el año 2016 anuario en que se convocó a concurso hasta la fecha muchos cargos han sido declarados en vacancia definitiva por las diferentes causales que establece el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Existiendo tal como lo indica el documento en mención cien vacantes a nivel nacional, número que puede superarse ya que en el Centro Zonal Quibdó como ya lo indiqué en el mes de enero de 2021 quedo una vacante definitiva.

Las plazas en las que podría ser nombrada se avizoran en documento adjunta como material probatorio, en el cual se puede afirmar que a nivel país existen cien (100) vacantes definitivas, del cargo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, cargos que a la fecha han aumentado debido a que unos nombramientos fueron rechazados, así como otros cargos han quedado en vacancia definitiva por jubilación.

Así las cosas, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona Norte de Santander en reciente jurisprudencia enmarcada en la sentencia de tutela de fecha 30 de

junio de 2020 identificada con el radicado N° 54-518-31-12-002-2020-00033-01, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue muy claro en su disertación jurídica al momento de resolver la demanda pluricitada, fijando en el siguiente derrotero:

"14.- O sea, si se considerase que existe un dilema sobre cuál de los dos criterios definiría la aplicabilidad de la ley 1960 en la convocatoria 433, si el de su efecto general inmediato o el de ultraactividad de sus predecesoras, considerando que éste implicaría la contracción del sistema de carrera (pues excluye del universo de cargos no OPEC), ésta Corporación tiene que optar imperativamente por el del efecto general inmediato, no sólo porque se amolda mejor al trámite de una convocatoria, que es un proceso en sentido lato (segmentable, sucesivo, preclusivo y con efectos diferenciados para cada una de sus fases), sino primordialmente porque sirve mejor a la planificación de los "requisitos y finalidades" del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, derogó los aspectos que le fueran contrarios en el Acuerdo CNSC 20161000001376 de 2016 que la convocó, y por ser además un parámetro obligatorio para su ejecución, su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

(...)

"Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), el cual fue derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera se mencionó ese criterio.

Tal asimilación, la de "empleo equivalente" con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

Para afianzar la tesis del Tribunal de Pamplona extractamos lo dicho por el Tribunal del Valle en la Sentencia N° 76001-33-33-008-2020-00117-01 de fecha 16 de septiembre de 2020, en la que determina lo siguientes:

En esta secuencia, si bien el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, OPEC 34702, y específicamente la lista de elegibles en la que participaron las hoy accionantes Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa se surtió, el hecho de que existan no menos de 250 vacantes del mismo empleo de Defensor de Familia, código y grado para el cual las accionantes demostraron su idoneidad al superar el concurso, pero que siguen provistos en provisionalidad por pertenecer a un OPEC diferente (ubicación geográfica), viola el espíritu del artículo 125 de la C.P., que reza: Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

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

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", definió "empleo equivalente" en los siguientes términos:

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.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como “nivel”, “asignación salarial” idéntica, “propósito”, “dependencia”, “municipio donde se ubica el cargo” y “número de vacantes del empleo a proveer” lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. (Negrilla fuera de texto).

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica “Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”, teniendo por “igual” “que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos” y “muy parecido o semejante”, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que a éste alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de “empleo equivalente” del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la

posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el “criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de ley 1960 de 27 de junio de 2019”.

(...)

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de mis derechos se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433.

DE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, ECONOMIA Y CELERIDAD, CONSUSTANCIALES A LA FUNCION ADMINISTRATIVA

Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar bajo la estricta observancia del artículo 125 y 209 de la Constitución Política de 1991; el primero establece que como regla general que los cargos y empleos del Estado son de carrera administrativa y a ellos se accede a través del mérito, es decir, a través de un concurso donde los aspirantes demuestran sus capacidades y aptitudes para el ejercicio de la función pública; el segundo prescribe los principios fundamentales que inspiran la función pública entre los que se destacan los principios de eficacia, economía y celeridad. Una interpretación integral impone concluir que la interpretación más ajustada a la Carta Superior es aquella que avala que en vigencia de las listas de elegibles estas deben ser utilizadas para proveer todas las vacantes de la entidad ofertante en cargos de igual denominación, funciones o aquellos equivalentes, siempre que se cumpla con el perfil profesional y la experiencia requerida para el ejercicio del cargo, aun cuando estas vacantes no hayan sido objeto de oferta al momento de la apertura del concurso de méritos. Una interpretación distinta quebranta el artículo 125 y 209 superior pues ello obligaría a las entidades públicas a adelantar una nueva convocatoria y realizar un nuevo concurso de méritos lo que de por sí es demorado en el tiempo, además de la millonaria erogación económica en que debe incurrir la entidad, causando con ello un detrimento patrimonial injustificado pues en las listas de elegibles vigentes se encuentra comprobada la idoneidad, capacidad de las personas que aprobaron todas la etapas del concurso. En efecto, la norma de normas establece:

“ARTICULO 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.”

“ARTICULO 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.”

En virtud de todo lo anterior, sírvase señor juez proveer en la sentencia de conformidad con las pretensiones.

PRUEBAS:

DOCUMENTALES

APORTADAS:

- ✓ Copia de la cedula de ciudadanía de la suscrita (Folio 01)
- ✓ Copia de los Registros Civiles de Nacimiento de mis dos hijos (Folios 2)
- ✓ Acuerdo de convocatoria N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016- Convocatoria 433. (Folios 27)
- ✓ Acuerdo N° 562 del 05 de enero de 2016, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil “Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa a las que aplica la ley 909 del 2004 (Folios 10)
- ✓ Decreto 1479 del 04 de septiembre de 2017, Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones. (Folios 07)
- ✓ Resolución Nª 7746 del 05 de septiembre de 2017, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Por la cual se distribuyen unos cargos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras.” (Folios 10)
- ✓ Criterio unificado “Lista de elegibles en el contexto 1960 del 27 de junio de 2019” del 01 de agosto de 2019 (Folios 04)
- ✓ Criterio unificado “Lista de elegibles en el contexto 1960 del 27 de junio de 2019” del 16 de enero de 2020 (Folios 03)
- ✓ Criterio unificado Lista de elegibles para empleos de fecha 22 de septiembre de 2020 (Folios 03)
- ✓ Resolución N° CNSC – 20182230062295 del 22 de junio de 2018 “Por la cual se conforma la lista de elegible para proveer seis (06) vacantes del empleo identificado con el código OPEC 34339, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria N° 433 de 2016 ICBF” (Folios 03)
- ✓ Comunicación emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de fecha 29 de abril de 2020, dando contestación al derecho de petición que eleve, en el cual solicite mi nombramiento en periodo de prueba Folios (02)
- ✓ Fallo de tutela de segunda instancia del **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, radicado 76001-33-33-008-2020-00117-01 de fecha 17 de noviembre de 2020.
- ✓ Sentencia de fecha 07 de octubre de 2020, proferida por la Sala Uno de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso tutelar identificado con el radicado N° 08001-31-05-007-2020-00141-01.
- ✓ Sentencia de segunda instancia de fecha 18 de agosto 2020, proferida por la sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso tutelar identificado con el radicado N° 2020/00051.
- ✓ Sentencia T -340 de 2020.
- ✓ Sentencia T - 112 A de 2014.
- ✓ Documento con N° de radicado 202012110000338811, de fecha 14 de diciembre de 2020 en el cual se reportan las vacantes para el cargo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17. (Folios 13)

PRUEBAS DE OFICIO:

Solicito al honorable despacho, sírvase decretar de oficio las siguientes pruebas a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil ello en virtud a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso.

- Certifique el total de vacantes definitivas, que estén siendo ocupadas en provisionalidad y/o encargo a la fecha de hoy, en el empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, dentro de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, referenciando expresamente su ubicación geográfica.
- Certifique el total de vacantes definitivas, cargos ocupados en provisionalidad y/o encargo a la fecha de hoy, en el empleo de **carácter equivalente** al denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, dentro de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, referenciando expresamente su ubicación geográfica.

COMPETENCIA

De conformidad con lo prescrito en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, corresponde el conocimiento de la presente solicitud de amparo al juez del lugar donde se materializó la vulneración de los derechos fundamentales invocados. En virtud corresponde al juez constitucional del nivel del circuito del Distrito Judicial de Quibdó dirimir en derecho la presente Litis.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos e invocando las mismas pretensiones a que se contrae la presente ante ninguna autoridad judicial y que involucre a las mismas partes (Art. 37 del decreto 2591)

ANEXOS

Acompaño copia de la acción de tutela y del material probatorio en medio digital para que surta el traslado a los accionados.

NOTIFICACIONES.

Autorizo ser notificada en la siguiente dirección electrónica: **clabemos15@gmail.com y/o al móvil 3148849811.**

La entidad accionada en la sede de la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, avenida carrera 68 N° 64C -75. Bogotá DC. Oficina de Gestión Humana. Buzón electrónico para notificaciones judiciales del ICBF: Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co

La comisión Nacional del Servicio Civil, en la carrera 16 N° 96-64 Piso 7, Bogotá DC. Buzón electrónico para notificaciones judiciales de la CNSC: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Atentamente



CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA

C.C. 35.600.882 de Quibdó

