

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Manizales, Caldas, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia Tutela de primera instancia: N°105

Radicado: 2021-00213

1. OBJETO DE DECISIÓN

Dentro del término establecido por la ley, se procede a resolver la acción de tutela interpuesta por la señora CAROLINA HURTADO MARTÍNEZ contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL; trámite donde fueron vinculados los miembros de la lista de elegibles de la OPEC 40168 y personas vinculadas con empleos Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF al presente procedimiento constitucional

2. SUPUESTOS FÁCTICOS

2.1. La accionante implora la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a empleo público tras concurso de mérito, principio de confianza legítima y dignidad humana supuestamente vulnerados por las entidades accionadas.

2.2. En consecuencia, solicitó que se ordene a las entidades accionadas para que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 del decreto 498 de 2020 en relación con el orden en que tienen que proveerse los empleos del ICBF, y en consecuencia, se haga uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución N°CNSC–20182230073385 del 18-07-2018 respecto al cargo de profesional universitario grado 09 código 2044, en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, en encargo o vacantes.

Igualmente, deprecó que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09 o con los empleos equivalentes o cargos equivalentes o incluso del mismo empleo a los de la OPEC 40168, (Definición de empleo equivalente que está en el decreto 1083 de 2015), para que pueda optar por uno de ellos.

Finalmente, imploró que se disponga la autorización y uso de la lista de elegibles para ser remitida al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF– y se ordene a éste que proceda a efectuar su nombramiento en una de las OPECS declaradas desiertas o

que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 del Decreto 498 de 2020.

2.3. Los hechos que dan sustento a la acción constitucional se resumen así:

- Asevero que mediante Acuerdo No. CNSC-2016000001376, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, correspondiente a la convocatoria 433 de 2016.

- Expuso que por medio de la resolución N°CNSC-20182230073385 del 18-07-2018: “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC, No. 40168, denominado profesional universitario, Código 2044, Grado 9, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”; quedó inscrita como elegible para la convocatoria 433 del ICBF, toda vez que cumplió con todos los requisitos necesarios para formalizar su inscripción, ya que realizó todas las pruebas de conocimiento y aptitudes que formaban parte del proceso, por lo que alcanzó uno de los lugares dentro de la lista de elegibles.

- Informó que en la actualidad el ICBF ha seguido realizando nombramientos con listas de elegibles vencidas y la Comisión Nacional del Servicio Civil continúa autorizando dicha actuación, pese a que no existe orden judicial que así lo disponga.

- Finalmente, solicitó que se interprete esta acción de acuerdo a sentencias de tutela similares, donde considera la accionante que se accedió a lo solicitado y dando aplicación al decreto 498 de 2020 con efecto retrospectivo, y que aplica precisamente para la convocatoria 433 de 2016, pues no se ciñen a la Ley 1960 de 2019, ni tampoco a la sentencia de la T-340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional.

3. ACTUACION PROCESAL

3.1. Por cumplir los requisitos previstos en la ley, este Juzgado admitió la acción de tutela mediante auto del 3 de noviembre de 2021, negó la medida provisional solicitada, vinculó a los miembros de la lista de elegibles de la OPEC 40168, y a las demás personas con empleos de profesional universitario, código 2044, grado 09, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- al presente procedimiento constitucional, y se ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que proceda a publicar en su página web lo relativo a la existencia de esta acción de tutela e igualmente notifique a los miembros de la lista de elegibles de la OPEC 40168 sobre la existencia de esta acción.

3.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil se pronunció respecto al requerimiento realizado por este despacho argumentando que no existe vulneración de derechos, habida cuenta que

todas sus actuaciones se han realizado con apego a la ley, razón por la cual la acción deberá ser negada por improcedente.

Igualmente, respecto a los argumentos expuestos por la libelista explicó puntualmente lo siguiente:

- La accionante cuestiona las reglas del proceso de selección contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, de manera que, no corresponde al juez constitucional realizar un pronunciamiento, respecto de actos que gozan de presunción de legalidad y resultan vinculantes; siendo la Jurisdicción Contencioso Administrativa la autoridad competente para realizar un pronunciamiento sobre el particular.

- Advirtió que si bien la Comisión Nacional del Servicio Civil es la autoridad competente en materia de carrera administrativa según el artículo 130 de la Constitución Política de Colombia, de acuerdo a lo analizado en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, por lo que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar la seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

- Adujo que tampoco se cumple con el principio de inmediatez, toda vez que la lista de elegibles que integra la parte accionante se conformó mediante la Resolución No. CNSC - 20182230073385 del 18 de julio de 2016, en firme desde el 31 de julio de 2018, con fecha de vencimiento del 30 de julio de 2020, y la Ley 1960, cuya aplicación invoca la accionante, se expidió el 27 de junio de 2019.

- Agregó que se comprobó que en el marco de la convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF, fueron ofertadas tres (3) vacantes para proveer el empleo identificado con el código OPEC 40168 denominado Profesional Universitario, código 2044, grado 9, y que una vez agotadas las fases del concurso, mediante Resolución Nro. 20182230073385 del 18 de julio de 2018, se conformó lista de elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que teniendo en cuenta, tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de Comisionados del 12 de julio de 2018, como lo instituido en el numeral 12 del artículo segundo del Acuerdo Nro. 0165 de 2020, estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020.

- Luego, señaló que autorizó el nombramiento en periodo de prueba con el elegible que ocupa la posición No. 13 de la lista de la OPEC 40168, comoquiera que las vacantes ofertadas se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 1, 2 y 3, aspecto que se suma al hecho, de que constató que durante la vigencia de las listas, el ICBF reportó la existencia de una (1) vacante definitiva que cumple con el criterio de mismo empleo respecto de la lista de la OPEC 40168, razón por la cual se procedió a autorizar el uso de la lista de elegibles con el elegible ubicado en la posición 4, razón por la que, concluyó que las vacantes generadas con posterioridad han sido provistas conforme a las reglas del proceso de selección.

- De igual modo resaltó que una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, que corresponde al sistema de información administrado por la CNSC, conformado por las listas de elegibles históricas y vigentes, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la Comisión, corroboró que la señora Carolina Hurtado Martínez ocupó la posición treinta y uno (31), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20182230073385 del 18 de julio de 2018, en consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas, así como tampoco para las generadas con posterioridad.

Finalizó indicando que por lo anterior la señora Carolina Hurtado Martínez se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, motivo por el cual, adujo que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó acaeció la pérdida de fuerza ejecutoria, así como por cuanto durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”.

3.3. Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contestó la acción de tutela exponiendo los siguientes elementos de defensa:

- En primer lugar, el ICBF señaló que, en cumplimiento de lo ordenado por este despacho judicial en el auto admisorio de la tutela, notificó a las personas vinculadas con empleos Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, que se encuentran vinculadas en provisionalidad o encargo en esa entidad.

- En segundo lugar, sostuvo que la Sentencia T-340 de 2020 no es aplicable para este caso, dado que no tienen los mismos supuestos fácticos respecto de la vigencia de la lista de elegibles, y la presentación de la tutela; pues en dicha jurisprudencia el amparo constitucional lo condiciona a la vigencia de la lista de elegibles, en el siguiente sentido:

(...) “En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de lista de legibles, 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”.

- Añadió que, en efecto, en relación con la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, la Corte Constitucional en esta sentencia señaló el ámbito de aplicación de las listas de elegibles para proveer vacantes no convocadas, siempre que se acreditaran los siguientes supuestos fácticos: a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (Para este caso no ha habido fallo que ampare el derecho). b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontraba vigente (En el caso hipotético de que se expidiera una sentencia que ampare el derecho, este no se expediría dentro del término de vigencia de la lista, dado que esta venció el 30 de julio de 2020) c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles (si la lista estuviera vigente, el siguiente en la lista a ser nombrado sería quien obtuvo la posición No. 5 y la accionante que está en la posición 31). d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrada se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad. (no existen empleos equivalentes al de la OPEC 40168 que estén vacantes) e. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado (no existen empleos equivalentes al de la OPEC 40168 que estén vacantes). Sobre este requisito del literal e), la Corte enfatizó que para su aplicación, debe interpretarse de conformidad con el Criterio Unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” proferido por la CNSC el 22 de septiembre de 2020, y este Criterio define que los empleos deben pertenecer al mismo nivel jerárquico, tener grado salarial igual, poseer el mismo requisito de experiencia, ser iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y por último tener la misma ubicación geográfica.

En ese orden de ideas, sostuvo el ICBF que no existe analogía para aplicar lo referido en Sentencia T-340 de 2020, toda vez que la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230073385 del 18 de julio de 2018 cobró firmeza el 1° de agosto de 2018 y venció el 30 de julio de 2020, y la presente acción de tutela, fue notificada el 3 de noviembre de 2021, es decir, más de un año después del vencimiento de la lista de elegibles mencionada.

- Finalmente, resaltó que en reciente jurisprudencia la Corte Constitucional, en sede de revisión (Sentencia T0811 de 2021), respecto a casos similares y la inaplicación del Criterio Unificado emitido por la CNSC, revocó la sentencia del 18 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, declaró improcedente la acción de Tutela, argumentando que con la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019, en relación con la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, la Corte Constitucional emitió la Sentencia T-340 de 2020 y señaló el ámbito de aplicación de las listas de elegibles para proveer vacantes no convocadas, siempre que se acrediten los supuestos fácticos señalados con anterioridad.

Puestas en conocimiento las contestaciones de la tutela, se procede a decidir la litis planteada, previas las siguientes y breves,

4. CONSIDERACIONES

4.1. La acción de tutela se constituye en uno de los principales logros de la reforma constitucional de 1991, toda vez que, a través de este mecanismo de naturaleza breve y excepcional, cualquier ciudadano puede acudir a los estrados judiciales para solicitar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando una persona natural o jurídica o una entidad los haya trasgredido o vulnerado.

Expuestos los motivos de la acción, corresponde al Juzgado determinar si han sido vulnerado los derechos fundamentales invocados por la señora Hurtado, debido a que no ha sido nombrada en un cargo de carrera administrativa, pese a que conformó la lista de elegibles de la convocatoria N°433 de 2016 del ICBF, para el cargo denominado profesional universitario, código 2044, grado 9, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4.2. Entonces, para resolver el anterior planteamiento, este juzgado entrará a analizar los argumentos expuestos por la parte actora, donde expone que las entidades accionadas continúan realizando nombramientos sin atender la normativa aplicable al caso y la interpretación jurisprudencial vertida en la sentencia T-340 de 2020, la ley 1960 de 2019, y la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230073385 del 18 de julio de 2018, la cual venció el 30 de julio de 2020.

Posteriormente se entrará a examinar la prueba recaudada durante este procedimiento constitucional, de cara a los hechos planteados en el escrito de tutela, para determinar si le asiste o no la razón a la impetrante.

5. CASO CONCRETO

5.1. Descendiendo al asunto sub examine, se advierte que la parte demandante señala tener como prueba de la vulneración de sus derechos que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, está realizando múltiples nombramientos, haciendo uso de la lista de elegibles que quedó en firme mediante resolución No. 20182230073385 del 18 de julio de 2018, cuya vigencia de dos (2) años se cumplió el 30 de julio de 2020, pero con fundamento en la cual se han realizado nombramientos posteriores a su vencimiento.

Para sostener la anterior aseveración, la libelista aportó una serie de resoluciones de nombramientos proferidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las cuales realizó desde el mes de junio de 2020, hasta el mes de agosto del año 2020, ¹ todas relacionadas con nombramientos en periodo de prueba y nombramientos en propiedad en distintos cargos de la referida entidad de derecho público, hechos que se encuentran probados dentro del plenario, y que se pueden consultar en el enlace https://www.icbf.gov.co/gestion-humana/nombramientos433?f%5B0%5D=field_date%3A2020

¹ Folio 6 del archivo: "02EscritoTutela.pdf"

Igualmente, de acuerdo a lo expuesto por el ICBF en la contestación, se tiene por probado que efectivamente la señora Carolina Hurtado Martínez ocupó la posición treinta y uno (31) con 64,46 puntos, en la lista de elegibles, derivada de la convocatoria Nro. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde se ofertaron tres (3) vacantes para proveer el empleo identificado con el código OPEC 40168 denominado profesional universitario, código 2044, grado 9, cuya lista estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020.

Así mismo, se probó que para el mismo cargo al cual aspiraba la accionante se abrió de manera posterior una cuarta vacante que fue ocupada por la persona que ocupaba la cuarta ubicación o plaza de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N°433 de 2016, tal como lo aceptó el ICBF en la contestación del libelo introductor.²

5.2. Ahora bien, una vez expuestos los principales elementos de prueba, encuentra necesario el juzgado hacer mención a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia **T-340 de 2020**, y la interpretación de la Ley 1960 de 2019, para la realización de nombramientos en cargos de carrera administrativa, y cuyos preceptos considera la accionante está siendo desconocidos por la accionadas, y deberán ser tenidos en cuenta por este despacho judicial para proferir una decisión favorable a sus intereses.

Así las cosas, se encuentra que, en la referida sentencia³, la jurisprudencia constitucional hace mención al artículo 5 de la ley 1960 de 2019, y la aplicación de la retroactividad dentro de los nombramientos en concursos de mérito. Al respecto expuso lo siguiente:

“Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a 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 general 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 último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retroactividad, 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 permita 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.”

² Archive “07RespuestaCNSC.pdf”

³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-340-20.htm>

“Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.”

Aunado a esto, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 6 la Ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que reza: *“El Proceso de selección comprende:*

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

El anterior escenario jurídico, es planteado por la accionante junto con una serie de sentencias judiciales que considera se deben aplicar de igual manera para su caso, pese a que es conocido que las mismas únicamente tienen efectos inter partes, y que cada situación particular debe ser analizada con detenimiento en aras de verificar si es procedente acceder al amparo constitucional invocado.

5.3. Entonces, una vez analizada la situación en particular, observa el juzgado que la presunta vulneración de derechos que pretende alegar la demandante, parte del hecho de que las entidades accionadas han efectuado nombramientos con base en lista de elegibles vencidas, y que al no tenerla en cuenta para dichos efectos, se vulnera sus derechos a la igualdad, debido proceso y acceso a la carrera administrativa, comoquiera que con dicha actuación se desconoce abundante jurisprudencia aplicable a la materia.

No obstante lo anterior, considera el juzgado que en el caso de la señora Hurtado no se cumplen los requisitos jurisprudenciales e interpretativos necesarios para conceder su solicitud, comoquiera que los asuntos expuestos en las acciones de tutela anexadas con la finalidad de ser aplicadas como precedentes judiciales por este juzgado, corresponden a situaciones con fundamentos fácticos diferentes al aquí tratado, tal como se explicará a continuación.

5.4. En efecto, se debe tener en cuenta que todas las resoluciones expedidas con posterioridad al vencimiento de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N°433 de 2016, efectúan nombramientos de cargos completamente diferentes al que aspira la accionante, correspondiente al identificado con el código OPEC 40168, denominado profesional universitario, código 2044, grado 9, y en cuyo caso no se probó la existencia de vacantes disponibles para la lista de elegibles de la cual hizo parte.

De igual modo, no demostró la accionante que, en alguna de las resoluciones citadas líneas atrás, se haya efectuado nombramiento alguno en cargo similar o de funciones equivalentes, entendiendo estas como mismo empleo, igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, como para determinar, que se ha trasgredido su derecho a la igualdad y al acceso de cargos públicos.

Desde luego, cabe advertir que los referidos nombramientos se efectúan con fundamento en lo señalado por el artículo 6 la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, cuya norma permite a la Comisión Nacional del Servicio Civil convocar vacantes definitivas de cargos equivalentes que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Por ello, la Corte Constitucional en la sentencia establece un criterio diferencial para aquellas personas que ocuparon lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y, por el otro, aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas, siendo este último caso el que corresponde a la accionante y respecto al cual la jurisprudencia señaló que:

“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. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.”

Aquí se resalta la necesidad de que los nombramientos se hagan con estricto orden de méritos, primer aspecto no satisfecho por la accionante, pues tal como se probó, para el cargo que aplicó únicamente existían 3 cargos, y posteriormente se reportó otro adicional, para un total de cuatro (4), sin embargo, su ubicación correspondió al número 31, por lo que dicho ítem hizo improcedente su nombramiento, atendiendo las mismas reglas del concurso.

5.5. De otro lado, aun aplicando el principio de retrospectividad a que hace relación la sentencia T-340 de 2020, y la interpretación de la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, no sería procedente considerar que las entidades accionadas han vulnerado sus derechos, pues en las sentencias aportadas a modo de línea jurisprudencial por la parte actora, las personas a favor de las cuales se protegen los derechos, lograron demostrar la existencia de vacantes en cargos similares o equivalentes para los cuales concursaron, y respecto a los que hay lista de elegibles vigente.

Empero, se debe tener en cuenta que como tal no se está haciendo uso de listas vencidas, como lo pretende hacer ver la accionante, sino que se trata de una prerrogativa de naturaleza legal, que no puede ser catalogada como vulneradora de los derechos de acceso a la carrera administrativa, cuando es aplicada con posterioridad a la convocatoria del concurso por la existencia de nuevos cargos vacantes disponibles.

Frente a este punto la jurisprudencia constitucional señaló que:

*“Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que **“las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”***

En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de 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 producido. 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. (Subrayado del Despacho).

Sin embargo, para este caso no se dan los supuestos para acceder a lo pretendido, toda vez que de acuerdo a lo expuesto por las entidades accionadas, la aplicación al Criterio Unificado, permitió la realización de una nueva solicitud de uso de listas para la vacante generada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, con base en el criterio de “mismo empleo”, motivo por el que la CNSC autorizó el siguiente elegible, cuyo nombramiento se realizó con la persona que se ubicó en la posición No. 4°, lo que deja en evidencia que existían veintiséis (26) elegibles con mejor derecho que la accionante, quien ocupó la posición 31°.

5.6. Esto quiere decir, que respecto al criterio unificado, y la pretensión implícita de su inaplicación por virtud de algunos pronunciamientos judiciales donde distintas células

judiciales procedieron en tal sentido, es necesario advertir que su validación se debe circunscribir a las situaciones que rodean el caso concreto y a la existencia de nuevos cargos o vacantes generadas con posterioridad a la convocatoria; y en este caso, sin bien es cierto que la lista de elegibles de la que hacía parte la accionante perdió vigencia el 30 de junio de 2020, se debe tener en cuenta que actualmente los cargos para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, Perfil Trabajo Social que se encuentran en vacancia definitiva fueron reportados en la Convocatoria 2149 de 2021, que inició en el mes de octubre de 2021, donde se está dando aplicación a lo contemplado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 por tratarse de un proceso de selección iniciado con posterioridad al 27 de junio de 2019.

En efecto, lo anterior permite concluir que la acción de tutela no está llamada a prosperar y que la situación de la accionante es diferente a la expuesta en las tutelas anexadas con el libelo introductor, habida cuenta que interpuso esta acción cuando los cargos similares a su empleo han sido incluidos en una nueva convocatoria, es decir, en la 2149 de 2021, situación que cambia los supuestos de hecho respecto a los cuales se concedieron las anteriores acciones, comoquiera que:

i) El principio de inmediatez para la interposición de esta acción cobra plena validez, pues la reclamación por vía de tutela se realizó luego de que los cargos reclamados fueron incluidos en una nueva convocatoria; y más de un año (1) después de que hayan sido realizados los últimos nombramientos haciendo uso de las listas de la convocatoria Nro. 433 de 2016, y; ii) en todas las resoluciones de nombramiento citadas por la accionante y que fueron realizadas entre el mes de junio y agosto del año 2020, no se realizó ningún nombramiento del cargo para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, al cual se postuló la accionante, por lo que, para este caso, se torna improcedente revivir la lista de elegibles de la resolución No. 20182230073385 del 18 de julio de 2018, pues además de estar actualmente vencida, las nuevas situaciones sobrevivientes, relacionadas con la publicación de una nueva convocatoria, la tardanza en la interposición de este mecanismo, y la ubicación en la lista que ocupaba la parte actora, tornan inviable la aplicación del principio de retrospectividad señalado por la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-340 de 2020, y la interpretación de la aplicación del artículo 6 la ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

5.7. Por último, cabe advertir que tampoco se demostró dentro de este procedimiento constitucional que la accionante sea un sujeto de especial constitucional o que el mecanismo ordinario de defensa sea ineficaz para lograr la satisfacción de su derecho, por lo que se considera un asunto que se debe discutir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo anterior se suma al hecho relacionado con que no se probó la existencia de un perjuicio irremediable, comoquiera que la ubicación en la lista de elegibles de la solicitante, y las vacantes disponibles para el pluricitado empleo, convierten en incierto dicho aseveración e impide que sea procedente aplicar la interpretación jurisprudencial y normativa invocado a su favor.

Por los anteriores razonamientos, no encuentra el juzgado que en la situación precisa de la señora Carolina Hurtado, se esté generando un perjuicio irremediable, que permita acceder a la orden de tutela, y tampoco se observó que con la actuación de desarrollada por las entidades accionadas se haya vulnerado los derechos invocados por los motivos anteriormente esgrimidos.

Teniendo en cuenta lo expuesto antelación y en mérito de lo expuesto, **el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora CAROLINA HURTADO MARTÍNEZ contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL; trámite donde fueron vinculados los miembros de la lista de elegibles de la OPEC 40168 y demás personas con empleos Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, que se encuentren en provisionalidad, temporalidad o encargo en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta sentencia, a las partes que intervienen en esta acción de tutela, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

PARÁGRAFO: SOLICITAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que proceda a publicar en su página web la resolución de esta acción y notifique a los miembros de la lista de elegibles de la OPEC 40168 al respecto e informe a este despacho lo correspondiente.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea objeto de impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ARCHIVAR las presentes diligencias una vez sea recibo el expediente de sede de revisión de la Corte Constitucional.



GEOVANNY PAZ MEZA
JUEZ