

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA  
SALA PENAL**

**TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**R E F E R E N C I A**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL**

<b>Radicación:</b>	13-001-31-04-004-2021-00026-01
<b>No. I. Tribunal:</b>	Grupo T-2ª No. 00344 de 2021
<b>Motivo decisión:</b>	Tutela de 2ª instancia
<b>Accionante:</b>	Laura Vanessa Cantillo Rhenals
<b>Derecho:</b>	Debido proceso administrativo y otros
<b>Decisión:</b>	Revoca
<b>Aprobado:</b>	Acta Nro. 197

**Cartagena, 04 de noviembre de 2021**

**1.- Asunto**

Decidir la impugnación presentada por la parte accionante y la vinculada Yeimi Vera Peña, en contra del fallo de tutela de fecha 28 de septiembre de 2021, proferido por el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena**, dentro de la acción de tutela instaurada por la ciudadana **Laura Vanessa Cantillo Rhenals**, quien actúa en nombre propio, en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, en adelante **ICBF** y la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, en adelante **CNSC**.

**2.- Fundamentos de la acción.**

Refiere la accionante que mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la CNSC convocó concurso abierto de mérito para proveer de forma definitiva 2.470 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF por medio de la convocatoria No. 433 de 2016, la cual tiene fundamento lo contemplado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Manifiesta además que encontrándose en términos se inscribió a dicho concurso.

Comenta que posteriormente a la publicación del acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, el Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, expidió el Decreto 1479 de 2017, con el cual se creó empleos en la planta personal del ICBF de carácter permanente; igualmente destaca que dichas vacantes no fueron ofertadas en el citado acuerdo.

Narra la actora que aprobó las etapas de la convocatoria (competencias básicas y funcionales, competencias comportamentales) y posteriormente, la CNSC publicó a través del portal web del Banco Nacional de Listas de Elegibles, la resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, mediante la cual conformó la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes en el empleo identificado con el código OPEC No. 34243 denominado como defensor de familia, código 2125, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa



del ICBF, la cual cobró firmeza el 06 de junio del 2019 y posee vigencia hasta el 05 de junio del 2021 y además, afirma que en la referida lista, está registrada con un puntaje total de 67,83 y en la posición treinta y dos (32).

Advierte que el día 22 de noviembre de 2018, la CNSC expidió la resolución No. 20182230156785, por medio de la cual revocaban el artículo 4 de todos los actos administrativos que contienen las listas de elegibles que se prohirieron con ocasión a la convocatoria No. 443 de 2016, el cual establece *“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 convocados.”*

Indica la demandante que el 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 de 2019, *“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* en cuyo artículo 6 se consignó: *“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*“ARTICULO 31. El proceso de selección comprende:*

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

Señala la tutelante, que el día 01 de agosto de 2019, la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, aprobó y expidió Criterio Unificado *“Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”*, la cual versa sobre la negativa del uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, y con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, en consideración a lo ordenado por los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019.

No obstante, sostiene que el *Tribunal Contencioso Administrativo Del Valle Del Cauca*, mediante fallo de tutela de segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234, de fecha 18 de noviembre de 2019, determinó la inaplicabilidad del referido criterio por inconstitucional. En razón de lo anterior, refiere la actora que el 16 de enero de 2020, la CNSC aprobó un nuevo criterio unificado sobre el uso de las listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 de 2019.

Señala la convocante que conformada la lista de elegibles mediante la resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con la OPEC No.34243, denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, convocatoria 433 de 2016, el ICBF haciendo uso del nuevo criterio emitido por la CNSC, ofertó a la OPEC No. 34243 de esta ciudad, cinco (5) cargos más que se encontraban en



vacancia definitiva, denominados defensor de familia, código 2125, grado 17, para un total de 17 vacantes.

Coloca de presente el artículo 63 del acuerdo No. 20161000001376 de 05 de septiembre de 2016 y, en virtud de este, comenta que por recomposición de la lista de elegibles referenciada, actualmente ocupa la posición No.13, lo cual consta en la respuesta que le proporcionó el ICBF el 27 de octubre (sin indicar de que año).

Sostiene la accionante, que con fundamento en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que reforma ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 125 de la Constitución Nacional que determina el mérito para acceder a cargos públicos y teniendo en cuenta que el ICBF viene realizando nombramientos bajo la modalidad de provisionalidad y encargo, de los cargos denominado Defensor De Familia, Código 2125, Grado 17, que se encuentran en vacancia definitiva en la Planta Global del ICBF, sin que las personas nombradas tengan derecho al mérito, el día 26 de octubre del 2020, afirma haber elevado derecho de petición al ICBF solicitando se le informara cuantas vacantes definitivas se encuentran en la Planta de Personal global del ICBF del cargo Defensor De Familia Grado 17 Código 2125 en todas las regionales del país, señalando su ubicación geográfica.

Señala además, que teniendo conocimiento que la elegible número 18 de la lista Resolución No. CNSC – 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 de la OPEC 34243, no aceptó el cargo, solicitó información respecto a cómo iba el proceso de autorización de nombramiento de los siguientes elegibles.

Arguye que el 30 de octubre de 2020, a través de correo electrónico recibió oficio No. 202012100000306441 de fecha 27 de octubre del 2020, mediante el cual el ICBF proporcionó respuesta informándole que el número de vacantes a nivel nacional era de solo 14 para el citado cargo, sin embargo, considera la actora que dicha afirmación falta a la verdad, puesto que, posee conocimiento sobre que a otros peticionarios le han relacionado un número mayor de vacantes definitivas. Puntualiza que lo anterior lo puede demostrar con la respuesta dada a la señora Sabina Isabel Santiago Banquez a través de correo electrónico, con ocasión a derecho de petición que presentara el día 9 de septiembre de 2020, por medio del cual solicitó se le informara *cuantas vacantes definitivas se encuentran en la Planta Global del ICBF, específicamente del cargo DEFENSOR DE FAMILIA GRADO 17, CODIGO 2125, señalando su ubicación geográfica, determinando todas las regionales del país*, en la respuesta el ICBF le relaciona un total de setenta y tres (73) vacantes definitivas Defensor De Familia Grado 17 Código 2125 de la planta de personal de ICBF, que a la fecha no están provistas por personal de carrera administrativa.

Relata la tutelante, que las accionadas CNSC y el ICBF, se niegan rotundamente hacer uso de la Lista Elegibles y que es la única lista actualmente vigente en todo el país con ocasión a la convocatoria 433 de 2016, Resolución CNSC No 20192230050135 del 13-05-2019 OPEC 34243, para cubrir las vacantes definitivas del cargo de Defensor De Familia Grado 17, Código 2125.

En razón de lo anterior, considera que la negativa de las entidades accionadas respecto al uso de su lista de elegibles, desconoce lo consignado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. Además de ello, solicita que se observe y se aplique el precedente judicial sentado por la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020.



Precisa la accionante que actualmente para el cargo defensor de familia, grado 17, código 2125, se encuentra únicamente vigente la lista en la cual hace parte y que se encuentra próxima a vencerse el 05 de junio de la presente anualidad.

En virtud de lo expuesto, la accionante solicita:

*“PRIMERO: Que sean tutelados mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO, y A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA, AL TRABAJO y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA, vulnerados por el ICBF y la CNSC, al no hacer uso de mi lista de elegible Resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243, la cual es la única que se encuentra vigente de la convocatoria 433 del 2016, para suplir la totalidad de vacantes definitivas en el planta global del ICBF, del empleo de DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, provistos en provisionalidad, encargo o desierto, por personas que no tienen derecho al mérito de carrera administrativa, conllevando al desconocimiento de los artículos 6 y 7 de la ley 1960, modificatoria de la ley 909 de 2004, que modifica el Decreto Ley 1567 de 1998 y la sentencia de la Corte Constitucional T-340 de 2020, proferida el julio 21 de agosto 2020; Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.”*

*“SEGUNDO: Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo y en cumplimiento del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, autorice al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera inmediata el uso de mi lista de elegible Resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243 para el cargo DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, con la cual se deberán 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; aquellos cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017, se encuentren ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución No CNSC- 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, y en cumplimiento de lo establecido en la Ley 909 de 2004 artículo 11 literal f) y con observancia de lo establecido en el parágrafo de dicha norma.*

*TERCERO: Se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, y en cumplimiento del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes, con el fin de expedir el acto administrativo de nombramiento en carrera administrativa de la suscrita LAURA VANESSA CANTILLO RHENALS, en el cargo de DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en uno de los cargos creados antes o después del Decreto 1479 de 2017, cargos que se encuentren en vacancia definitiva o se hallen provistos en provisionalidad o en encargo, previa elección de la suscrita de la vacante de su interés, en especial la ciudad de Cartagena donde tengo mayor interés por ser mi arraigo y donde vivo con mis menores hijos.*

*CUARTO: Inaplicar, haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o superior, el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley*





1960 del 27 de junio de 2019' expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, por las razones expuestas en los argumentos de derecho" (Sic).

### **3.- Actuación procesal**

**3.1.-** El día 27 de enero de 2021, Laura Vanessa Cantillo Rhenals presentó solicitud de tutela en contra de la CNSC y del ICBF, por considerar que dichas entidades vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

**3.2.-** Repartido el asunto, el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena admitió la tutela el 28 de enero de 2021. Posteriormente, mediante sentencia del 9 de febrero del corriente año, tuteló los derechos fundamentales de la señora Cantillo Rhenals, decisión que fue objeto de impugnación por parte del ICBF.

**3.3.-** Al conocer del asunto en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil Familia, mediante auto del 19 de marzo de 2021, decidió declarar la nulidad de lo actuado en el trámite de la tutela referido a partir del auto admisorio del 28 de enero del corriente año, proferido por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, al advertir que no fueron vinculados al trámite todos los elegibles que integran las listas conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016 para proveer las vacantes de "*Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17*". Asimismo, ordenó remitir el expediente al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena al comprobar que éste había asumido y resuelto una solicitud de tutela dirigida contra idénticas entidades y que perseguía la protección de los mismos derechos fundamentales de otro integrante de la lista adoptada mediante Resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, relativa a la Convocatoria 433 de 2016.

**3.4.-** Remitido el asunto, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante auto del 7 de abril de 2021, admitió la demanda y ordenó la vinculación al trámite de tutela a las personas que se encuentran en las listas de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, Grado 17 en aquellos municipios donde no se llevó a cabo la oferta pública, pero existe el cargo a que hace referencia la Convocatoria 433 de 2016.

**3.5.-** Seguidamente, a través de auto de fecha 13 de abril de la presente anualidad, el fallador de primer nivel, ordenó requerir al Juzgado Octavo Administrativo de Cali, Valle del Cauca, ello, teniendo en cuenta que una vez observó el informe allegado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, estableció que el mencionado despacho profirió decisión en el proceso constitucional identificado con radicado N° 2020-117 que versó con similares hechos e idénticas pretensiones. El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali informó acerca de la existencia del proceso de tutela promovido por las señoras Peña Parra y Rivera Espinosa contra la CNSC y el ICBF en el cual se profirieron decisiones en primera y segunda instancia, el 10 de agosto de 2020 y el 17 de septiembre del citado año, respectivamente.

**3.6.-** Por lo anterior, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante auto del 13 de abril de 2021, ordenó remitir el expediente al Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, con fundamento en el Decreto 1834 de 2015. Argumentó que, confrontadas las tutelas presentadas por las señoras Cantillo Rhenals, Peña Parra y Rivera Espinosa, se concluye que "*persiguen la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente*



amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular". En consecuencia, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio del 7 de abril de 2021.

**3.7.-** La anterior decisión fue recurrida por la demandante al considerar que la presente acción constitucional no reúne los requisitos de acumulación planteados por el ICBF, recurso que fue resuelto mediante auto del 14 de abril del 2021, resolviendo no reponerla.

**3.8.-** Remitido el asunto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, se percató que las tutelas repartidas a los dos despachos no eran idénticas, pues los demandantes se postularon a empleos identificados con números de la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- y pertenecientes a departamentos, distritos y municipios diferentes. La oferta 34243 pertenece al distrito de Cartagena y la 34702 al departamento del Huila y municipio de Neiva, listas que tienen diferentes vigencias, por lo que mediante auto del 19 de abril de 2021, ordenó remitir el expediente al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, con fundamento en el Decreto 1834 de 2015. Adicionalmente, propuso un conflicto negativo de competencia en caso de no aceptarse lo decidido.

**3.10.-** Al recibir nuevamente las diligencias el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante proveído del 21 de abril de 2021, reiteró los argumentos expuestos en los autos del 13 y 14 de abril de 2021 sobre la figura de acumulación de tutelas y decidió remitir el asunto a la Honorable Corte Constitucional, para que sea dicha autoridad quien dirima el conflicto de competencia propuesto.

**3.11.-** El Alto Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 06 de agosto del 2021, dirimió el conflicto de competencia planteado, asignando el conocimiento de este asunto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, pues la H. Corte consideró que en el presente caso no se cumple con la identidad de objeto necesaria para configurar la hipótesis de la tutela masiva. Esto, porque las tutelas no comparten un mismo y único interés y pretensión, pues mientras la aquí accionante solicita el uso de la lista de elegibles Resolución CNSC No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, en la solicitud de amparo conocida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, las demandantes solicitaron el uso de la lista de elegibles Resolución CNSC No. 20182230072735 del 17 de julio de 2018.

#### **4.- Informes rendidos**

##### **4.1.- Informe rendido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

**Edgar Leonardo Bojacá Castro**, en calidad de jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad accionada, comentó que la acción de tutela promovida por la demandante, ya fue objeto de pronunciamientos en primera y segunda instancia, no obstante, el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena Sala Civil-Familia resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado y remitir el expediente en su totalidad al despacho del primer nivel, conservando la validez de las pruebas allí recaudadas. En este orden de ideas, anota que, sobre la reglamentación de los concursos de mérito y la aplicación del Criterio Unificado para el Uso de Listas de Elegibles, ya fue abordado en detalle a través de escritos de defensa allegados por el ICBF. Por lo anterior, no serán el objeto principal dentro de este informe.

De otra arista, solicita que se desestimen las pretensiones de la accionante, teniendo en cuenta dos aspectos principales, veamos:



**1.- Solicitud De Acumulación:** La parte demandada, solicita que en virtud de lo establecido en el Decreto 1834 de 2015, “*Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas*”, pide que las presentes diligencias sean remitidas para su acumulación con el expediente que conoce el Juzgado Octavo Administrativo de Cali-Valle del Cauca bajo radicado 2020-117 cuyas accionantes son las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, quienes presentaron acción de tutela con similares hechos e idénticas pretensiones, y dentro de la cual se profirió orden relacionada con realizar lista unificada para la provisión de empleos Defensor de Familia Grado 17 Código 2125, en donde comprende tanto a las listas que perdieron vigencia, como a las que se encuentran vigentes.

**2.- Imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a una nueva orden judicial:** Informa que el ICBF cuenta con ciento setenta y siete (177) vacantes definitivas del empleo denominado Defensor de Familia a nivel nacional, las cuales deben ser provistas de la siguiente manera:

Señala que el ICBF registró cincuenta (53) vacantes en el aplicativo SIMO de la CNSC, que correspondieron a las vacantes que deberán ser provistas en cumplimiento del Criterio Unificado, es decir, todas aquellas vacantes que se generaron con posterioridad a la convocatoria y que cumplen con los requisitos allí establecidos, *igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica*, a través del uso directo de listas de elegibles. Aclara que estas cincuenta y tres (53) vacantes no están disponibles, toda vez que el ICBF dio inicio a la actuación administrativa, esto es, realizando la respectiva solicitud de uso de listas y actualmente se encuentran a la espera de autorización por parte de la CNSC, para proceder con los nombramientos en periodo de prueba de quienes les asistió el derecho para ser nombrados en estas ubicaciones.

Ahora bien, con relación a las ciento veinticuatro (124) vacantes que fueron registradas en el aplicativo SIMO correspondientes al empleo Defensor de Familia, sobre las cuales no era viable dar aplicación al Criterio Unificado y las cuales serían ofertadas en nueva convocatoria. Fueron objeto de fallo de tutela proferido el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, el pasado 20 de septiembre de 2020. Por lo anterior, las ciento veinticuatro (124) vacantes definitivas, deberán ser provistas conforme lo ordenado en dicho fallo constitucional.

Señala la autoridad, que en cumplimiento a dicho fallo, procedieron a efectuar el reporte de las 124 vacantes definitivas correspondiente al empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, con las que cuenta la Entidad a nivel nacional.

Posteriormente y conforme lo ordenado, la CNSC, profirió la **Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021**, “*Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la Acción de Tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF*”



Señala que la anterior Resolución fue remitida al ICBF el 26 de marzo de 2021, por lo que el Instituto dio inicio al proceso de audiencias públicas de escogencia de ubicación geográfica conforme lo establecido en la Resolución No 7382 del 20 de junio de 2018 *“Por la cual se reglamenta la realización de audiencias públicas, para escogencia del Centro Zonal o Grupo Interno de Trabajo, dentro de la misma ubicación geográfica municipal en desarrollo de la Convocatoria 433 de 2016 y se hace una delegación”*. Donde se puede constatar que la totalidad de las vacantes serán provistas con los elegibles que ocupan las primeras 124 posiciones.

Afirma la autoridad demandada, que en la actualidad, el Instituto inició la proyección de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba de los ciento veinticuatro (124) elegibles que se encuentran en Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021, precisando que, de no aceptarse el nombramiento por parte de alguno de ellos, se continuara en estricto orden de mérito, teniendo en cuenta que la lista está conformada por 647 elegibles.

En ese orden de ideas, aseguran que respecto de las ciento veinticuatro (124) vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 con las que cuenta el ICBF, deberán ser provistas única y exclusivamente con la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante la Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021.

Por todo lo anterior, la autoridad accionada solicita que se ordene la acumulación de las tutelas y en consecuencia pide que se remita el expediente de la accionante al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, además, solicita que se declare dentro de la presente acción de tutela la configuración del fenómeno de cosa juzgada, asimismo que se declare la improcedencia o en el evento en que sea procedente se niegue el amparo.

#### **4.2.-Informe rendido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.**

**Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia**, en calidad de asesor jurídico de la entidad accionada, al recorrer el traslado de la presente acción, manifestó inicialmente que el presente caso carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para su procedencia, por cuanto, considera que la inconformidad de la accionante radica en la normatividad que rigen los concursos y el uso de las listas de elegibles, respecto a los cuales posee mecanismos de defensa idóneos para controvertirlos y además, señala que no evidenciaron que la actora haya demostrado la inminencia, urgencia, gravedad y carácter impostergable del amparo que reclama.

Indica que, una vez consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad- SIMO, constataron que durante la vigencia de la lista del ICBF han reportado la existencia de cinco (5) vacantes definitivas que cumple con el criterio de mismo empleo respecto a la lista OPEC 34243, por lo cual procedieron a autorizar el uso de la lista de elegible con los elegibles en las posiciones 14, 15, 16, 17 y 19; por lo cual, comenta que las vacantes generadas con posterioridad han sido prevista de conformidad con las reglas del proceso.

Igualmente, refieren que, una vez consultada el Banco Nacional de Lista de Elegibles, evidenciaron que durante la vigencia de la lista el ICBF reportó movilidad de la lista para las posiciones 1 y 18; por lo cual, autorizaron el nombramiento en periodo de prueba con el





elegible de la posición No. 13 de la lista OPEC 34243, en virtud de lo anterior, anota que las vacantes ofertadas que se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

Asimismo, sostiene que corroboraron que la accionante ocupó la posición treinta dos (32) de la lista de elegibles conformada a través de la resolución 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, por lo cual, la actora no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, así como tampoco para las generadas con posterioridad.

Comenta que la hoy tutelante, se encuentra sujeta no solo a la vigencia de la lista sino que además al tránsito habitual de la misma, por cuanto, cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan generar vacantes definitivas en el ICBF.

Anota que para este caso en concreto no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles referenciada, ya que sobre el acto administrativo no se ha solicitado su autorización por parte del ICBF y asimismo, la demandante no es quien continúa en el orden de mérito.

En razón de lo expuesto, solicita que sea declarada la improcedencia de la presente acción constitucional, por cuanto, consideran que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante.

#### **4.3.- Informe rendido por el Juzgado Octavo Administrativo de Cali, Valle del Cauca.**

**Mónica Londoño Forero**, en calidad de titular del despacho accionado, manifestó que efectivamente les correspondió por reparto la acción de tutela de radicado No.76001-33-33-008-2020-00117-00, instaurada por las ciudadanas Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa en contra de CNSC y ICBF, con fundamentos facticos que describían que mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la CNSC convocó concurso abierto de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes en la planta permanente del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF por medio de la convocatoria No. 433 de 2016.

Exponen que las accionantes se inscribieron en la citada convocatoria para optar por una de las vacantes para el empleo identificado con el numero **OPEC3 34702**, nivel: profesional, denominado: defensor de familia, grado 17, código 2125, departamento y municipio: Huila-Neiva, asignación salarial \$4, 019,424.

Seguidamente, narra *in extenso* las actuaciones surtidas por dicho asunto constitucional tanto en primera como en segunda instancia.

**4.4.-** Se tiene además que dieciséis (16) ciudadanos, allegaron memoriales en el presente trámite tutelar, en virtud a ello, y en aras que algunas de dichas misivas son similares se traerán a colación de manera conjunta.

**4.4.1.- Memoriales allegados por los ciudadanos Fernando Quijano Martínez, Adriana Consuelo Carrillo Suarez, Viviana Carolina Osorio Vera, Olga Judith Corredor Díaz, Juan Carlos Pérez Luna, Pablo Arturo Erazo Ríos, Luz Enith Agudelo Amador y Erika Tatiana González Celis.**



Los ciudadanos arriba mencionados luego de esbozar los mismos argumentos traídos a colación por la hoy demandante, coincidieron en solicitar que se suspenda el cumplimiento de la Resolución N° 0715 de 2021, proferida por la CNSC en observancia al fallo de tutela emitido en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, hasta tanto se profiera una decisión de fondo en el presente trámite tutelar, pues, considera que si se realiza los nombramientos se estaría afectado inminentemente los derechos de quienes participaron en la referente convocatoria.

#### **4.4.2.-Memorial allegado por Carolina Barragan Camargo.**

El 8 de abril de la presente anualidad, la ciudadana Carolina Barragan Camargo, solicito que se tuviera en cuenta el fallo de tutela proferido por esta Colegiatura, el día 09 de marzo hogaño.

Resalta que, en estos momentos no forma parte de la lista unificada dentro de las OPECS del cargo de defensor de familia, grado 17, código 2125, ya que la resolución No. 0715 de 2021 expedida por CNSC en el cumplimiento del fallo de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, solo tuvieron en cuenta la lista vigente para el 30 de julio del 2020.

Por lo anterior, considera que está siendo vulnerando sus derechos a la igualdad, debido proceso, meritocracia, seguridad jurídica y confianza legítima, en consecuencia, solicita que sean protegidos.

#### **4.4.3.-Memorial allegado por María Julia Puerta Corena.**

Por medio de memorial de fecha 13 de abril de 2021, la señora Puerta Corena, manifestó que coadyuvaba los hechos, pretensiones y pruebas del presente trámite tutelar, ello, en razón de que considera que se encuentran fundamentados en la ley y la jurisprudencia.

Considera que, el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020 de la CNSC, es contrario a lo consignado en la Ley 1960 de 2019 y que es igualmente, contrario a lo dispuesto en el artículo 125 de la constitución política y la jurisprudencia.

#### **4.4.4.- Memorial allegado por María Fernanda Salazar Genoy, Rosana Realpe Buch y Maritza Silva Rangel.**

A través de memorial las señoras Salazar Genoy, Realpe Buch y Silva Rangel, considera que esta acción de tutela debe ser declarada improcedente, por cuanto, ya existe una lista general de elegibles para los elegibles de la convocatoria No.433 de 2016 del ICBF, que se postularon a las vacantes denominadas defensor de familia, código 2125 de grado 17, como resultado de la orden proferida por el Tribunal Contencioso Administrativa del Valle del Cauca.

#### **4.4.5.- Memorial allegado por Erick Johann Aguilar Noriega.**

A través de memorial, el ciudadano Erick Johann Aguilar Noriega, solicitó que se tenga en cuenta el precedente constitucional de la sentencia T-946 de 2011, en la cual se adoptó los efectos *inter comunis* para proteger los derechos de todos los afectados por una misma



situación de hecho o derecho en condición de igualdad; en razón de que considera que el problema jurídico de la presente acción, se fundamenta en la controversia de un acto administrativo ( el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y el del 22 de septiembre de la misma anualidad para el uso de las listas de elegibles), el cual fue declarado inconstitucional y por ello, sostiene que acudir al medio de control simple nulidad resultaría inocuo e ineficaz.

Considera que no es cierto lo que pregonan las entidades accionadas sobre que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 que sería retroactiva, por cuanto, su enunciado señala que las listas de elegible se aplicaran para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, lo cual considera que encaja con la situación fáctica de la presente tutela.

Sostiene que desatender lo dispuesta en el artículo 125 de la constitución política, sería ignorar el sistema de carrera como principio constitucional.

#### **4.4.6.- Memorial allegado por Yeimy Lorena Vera Peña.**

El 22 de septiembre hogaño, la ciudadana Vera Peña, manifestó que actualmente se encuentra en la lista de elegibles, la cual cuenta con firmeza, por lo tanto, tiene derecho particular y concreto para ser nombrada en periodo de prueba y posesionada en el cargo de defensor de familia, además, comenta que la entidades accionadas debe de estar realizando las actuaciones administrativas pertinentes para realizar las audiencias de escogencia de plaza.

Señala que se ofertaron 104 vacantes y por lo tanto, deben ser nombrados los 104 elegibles que ocupan los primero lugares, ya poseen un derecho adquirido particular y concreto para ser nombrados en periodo de prueba y asimismo, anota que la persona que ocupa el lugar 105 tiene es una expectativa de nombramiento.

Finalmente, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, y acceso a cargos de carrera administrativa por medio de concurso de mérito y en consecuencia, se imparta las siguientes órdenes:

*“Se ordene a las entidades accionadas realizar las actuaciones administrativas para usar la lista de elegibles Resolución No 0512 del 3 de marzo del 2021 adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena.*

*Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término improrrogable de 48 horas realizar las actuaciones administrativas para proveer las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar usando la lista de elegibles expedida mediante RESOLUCIÓN No 0512 del 3 de marzo de 2021 en la cual ocupo la posición No. 65.*

*En consecuencia, de lo anterior, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelantar en un término improrrogable de 48 horas, la ejecución de todas las actuaciones administrativas a que haya lugar para mi nombramiento y el de los demás elegibles que conforman mi lista de elegibles mencionada en el hecho anterior.*



Se me dé a conocer el listado de vacantes definitivas a proveer del empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

ORDENAR al ICBF realizar la audiencia pública con el fin de escoger plazas y posteriormente emitir nombramiento Defensor de Familia, grado 17 código 2125, dentro de las vacantes que ostenta en todo territorio nacional” (Sic).

#### **4.4.7.- Memorial allegado por Milena Johanna Márquez Remolina.**

A través de memorial de fecha 21 de septiembre de 2021, la señora Márquez Remolina, solicitó que sean amparados los derechos fundamentales invocados por la accionante y además, se concedan cada una de las peticiones solicitadas por la misma.

#### **4.4.8.- Memorial allegado por Marlon Gonzalo Bautista Avendaño.**

El ciudadano Bautista Avendaño, señaló que actualmente se está llevando a cabo proceso de nombramiento de los diferentes cargos con fundamentos en la lista creada a partir de la resolución No.715 de 2021 expedida por la CNSC, por ello, considera que si no se protegen los derechos fundamentales invocados se le estaría impidiendo la posibilidad de ser nombrado en carrera administrativa, ya que no hace parte de la mencionada lista.

Además, comenta que por lo menos en 15 fallos de tutela de segunda instancia de diferentes tribunales se ha resuelto aplicar con efectos retrospectivos la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, apartan sus decisiones de la aplicación del criterio unificado del 16 de enero de 2020 por inconstitucional.

#### **4.- Decisión impugnada**

Mediante proveído de fecha 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, resolvió *negar por improcedente* la acción de tutela instaurada por la ciudadana Laura Vanesa Cantillo Rhenals, en virtud de los siguientes argumentos:

Consideró el fallador de primera instancia, que el problema jurídico en este caso, se circunscribe en determinar, si las entidades ICBF y la CNSC han vulnerado los derechos fundamentales de la demandante al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso, al omitir su nombramiento, en el cargo de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, para el que concursó y según OPEC 34243 de la ciudad de Cartagena, la accionante se encuentra actualmente en la posición N°13.

Bajo ese entendido, señaló el *a quo*, que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que esta “rige a partir de su publicación”, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

Señalo el operador judicial, que tal como se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Afirmó que si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad.





Aseguro el juez cognoscente, que en este caso no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019, en atención a que dicho fenómeno solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF ya se encuentran agotadas.

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

Finalmente, consideró el *a quo* que la actora dispone de mecanismos judiciales eficaces e idóneos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir la tesis planteada, puesto que, se advierte que no ha puesto en marcha las vías ordinarias, pese a la prolongación la situación presentada y asimismo, señaló que la tutelante no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

## **5.- La impugnación**

Inconforme con la decisión proferida por el Juez de primer nivel, la accionante y la ciudadana Yeimi Vera Peña, vinculada en el presente proceso, impugnaron, bajo los siguientes argumentos:

### **5.1.- Impugnación presentada por la accionante.**

La ciudadana Laura Vanessa Cantillo Rhenals, considera que el *a quo* no tuvo en cuenta los argumentos que presentó, para proferir su decisión, por ello, sostiene que es evidente que persiste la vulneración de los derechos invocados.

Señala que el Juez fallador, no tuvo en cuenta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es la vía idónea ni eficaz para proteger los derechos incoados, ya que deben ser protegidos de forma urgente.

Comenta que el presente asunto fue repartido inicialmente al Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, el cual profirió sentencia el 9 de febrero hogaño y subsiguientemente, la Sala Civil-Familia de este Tribunal, mediante auto de fecha 19 de marzo de 2021, declaró la nulidad de lo actuado por indebida integración del contradictorio y además, ordenó la remisión al Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Cartagena, en razón de que había asumido y resuelto un trámite tutelar con identidad de objeto, causa y sujeto pasivo, de radicado No.130013104002020006802 de fecha 09 de marzo de 2021, el cual posteriormente fue igualmente conocido por esta Colegiatura a través del despacho del Magistrado Francisco



Pascuales, quien procedió a revocar el fallo de primer nivel y resolver de fondo, tutelando los derechos de la accionante.

En razón de lo anterior, solicita que en el presente trámite se de aplicación del precedente judicial citado, teniendo en cuenta el alcance y el carácter vinculante que posee de acuerdo a la definición de la sentencia SU-354 de 2017 de la Corte Constitucional.

Asimismo, manifiesta que lo expuesto por el ICBF no es transparente, puesto que, en la respuesta que proporcionaron el 03 de marzo hogaño al Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, informa que el total de vacantes eran de 198, de las cuales solo 98 están reportadas en el SIMO.

Añade que aparte de las 53 vacantes que serán provista por medio del cumplimiento del criterio unificado, fueron ofertados 124 cargos más, de las cuales asegura que muchas personas no han contestado y otros no han aceptado, quedando disponible 74 vacantes en las cuales puede ser nombrada.

Indica que actualmente se siguen realizando nombramientos dando aplicación al criterio unificado expedido por la CNSC, utilizando lista que se encuentra vencida, por lo cual anota que se han dado más de diez (10) nombramientos, restándole oportunidad.

En virtud de lo expuesto, asegura que si hay vacantes y todavía hay oportunidad para que pueda ser nombrada, además, de aquellas que han surgido de situaciones administrativas, como empleados pensionados, los que han renunciado o fallecido.

Finalmente, afirma que por reposición de la lista de elegibles CNSC No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243, se encuentra en la posición No. 6, por lo tanto, solicita que el fallo de primer nivel sea revocado y en consecuencia, se tutelen sus derechos fundamentales.

## **5.2.- Impugnación presentada por la ciudadana Yeimi Vera Peña.**

La ciudadana Vera piña, manifestó que en razón al fallo de primera instancia se encuentra en un estado de indefensión, puesto que, no comparte las consideraciones tomadas por el *a quo*, además, considera que no se tuvo en cuenta su intervención como tercera interesada, ya que no se dio un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.

Sostiene que el Juez de primer nivel se limitó únicamente y exclusivamente a decir que la presente acción de tutela es improcedente, en virtud de que existe otro medio de defensa, sin embargo, aduce que este incumplió su obligación y responsabilidad, por cuanto, no se abordó en el fallo la vulneración de sus derechos fundamentales, es por ello que asegura que el juez fallador vulneró el principio al debido proceso y el derecho a la defensa. Por lo anterior, solicita que se dé un pronunciamiento de fondo sobre sus solicitudes.

**5.3.-** Seguidamente, a través de memorial denominado “escrito adición de impugnación”, la accionante solicitó que se tenga en cuenta el precedente judicial que contiene situaciones fácticas y jurídicas, idénticas al caso que nos ocupa, proferido por esta Sala, en sentencia identificada con el radicado N° 13-001-31-04-000-2020-00068-02 de fecha nueve (09) de marzo de dos mil veintiuno (2021), con ponencia del Dr. Francisco Antonio Pascuales,



decisión donde se determinó la revocatoria del fallo de primera instancia proferida por el juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, resolviendo de fondo y tutelando los derechos del accionante.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1.- Competencia**

Esta Corporación es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta en contra de la decisión de tutela adoptada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, del cual es su superior funcional, tal y como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

### **6.2.- Problema jurídico**

Del análisis en contexto, de la acción constitucional, la Sala deberá determinar si debe inaplicarse por inconstitucional el concepto unificado de fecha 16 de enero de 2020, mediante el cual la CNSC estableció que para poder utilizar listas de elegibles para proveer cargos no ofertados en la convocatoria inicial, deben ser cargos que se encuentren en la misma ubicación geográfica del convocado.

### **6.3.- De la acción de tutela**

La acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando en el caso concreto de una persona, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados por la ley, tales derechos resulten amenazados o vulnerados sin que exista otro medio de defensa judicial o, existiendo éste, si la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

### **6.4.- La Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**

El Alto Tribunal Constitucional en la Sentencia T – 340 de 2020, abordó el tema relacionado con la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, de la siguiente manera:

El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de*



concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia constitucional sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, La Corte procedió a definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995<sup>1</sup>, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010<sup>2</sup> se decidió su exequibilidad<sup>3</sup>. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

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.

---

<sup>1</sup> "Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"

<sup>2</sup> M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>3</sup> En esta providencia se decidió declarar inexecutable únicamente la expresión "inferior", que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.





El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe<sup>4</sup>, así como del 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 ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto”*<sup>5</sup>.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. 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 permita su resolución en forma definitiva”*<sup>6</sup>. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

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.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles *“se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”*<sup>7</sup>. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>5</sup> Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>6</sup> Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>7</sup> Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>8</sup> La norma en cita dispone que: **“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por



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.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

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.”***<sup>9</sup>.

---

*haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo; // m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”*

<sup>9</sup> Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>.



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.

### **7.- Del caso en concreto**

Conforme a los antecedentes de esta providencia, encuentra la Sala, que la pretensión principal de la accionante Cantillo Rhenals, busca que se ordene a las entidades demandadas autorizar el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019 OPEC 34243 para suplir los cargos de Defensor De Familia código 2125 grado 17 en vacancia definitiva, en provisionalidad, encargo o desierto, en todo el territorio nacional.

Precisado ello, y en aras de abordar de manera efectiva el presente asunto constitucional, la Sala considera necesario generar unas precisiones trascendentales para el desarrollo de la presente decisión, veamos:

**1.-** Encuentra la Sala que la demanda de amparo que hoy concita nuestra atención, guarda identidad de *causa, objeto y parte pasiva* con la acción constitucional resuelta por esta Colegiatura en segunda instancia en data 09 de marzo del presente año, identificada con el radicado N° 13-001-31-04-000-2020-00068-02, accionante: Rodrigo Faciolince Mieles. Razón por la cual de entrada se advierte que esta demanda de amparo estaba llamada a acumularse con dicho trámite, fundamento que utilizó la Sala civil Familia de este Tribunal para remitir en su oportunidad las presentes diligencias al Juzgado que conoció el asunto en primera instancia, esto es, Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, no obstante, al recibir el presente asunto dicha célula judicial ya había proferido sentencia de tutela en el caso del ciudadano Faciolince Mieles, por ello, procedió entonces a asumir el conocimiento de este nuevo trámite.

**2.-** Ahora, podría pensarse además que la formula en el presente caso es que la actora se *atenga* a lo resuelto en la sentencia de tutela emitida por esta Sala en data 09 de marzo hogaño, sin embargo, los efectos de tal decisión no cobijan a la hoy actora, pues muy a pesar que hace parte de la misma lista de elegibles del ciudadano Faciolince Mieles, accionante en aquel trámite, lo cierto es que de las pruebas obrantes en el expediente no existe elemento alguno que permita inferir que la ciudadana hoy convocante haya sido notificada y/o enterada en debida forma de aquella acción constitucional, dado que si bien existió una *vinculación general*, tal como se aprecia en la orden emanada en el auto admisorio de aquella demanda “*Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, notifique de la presente vinculación a la acción constitucional a las personas, a nivel nacional del cargo de Defensor de Familia Grado 17 en aquellos municipios donde no se llevó a cabo la oferta publica, pero actualmente existe el cargo a que hace referencia la Convocatoria 433 de 2016.*” (Sic). Lo cierto es que no existe prueba alguna que la ciudadana hoy demandante fue notificada de forma directa y/o real.



**3.-** Se tiene además, que por una impugnación presentada por la ciudadana Sandra Arroyo Ballestas que fue repartida a esta Sala el día 15 de octubre hogaño, la cual se encuentra pendiente por resolver y que comparte identidad de *causa, objeto y parte pasiva* que el asunto materia de estudio, se evidencia en las pruebas obrantes en el aquel expediente, que la orden constitucional emanada por esta colegiatura en la sentencia de tutela de fecha 09 de marzo del 2021, viene siendo cumplida, en tanto, la Comisión Nacional del Servicio Civil manifestó y probó haber emitido el oficio de fecha 05 de mayo del 2021 con radicado Nro. 202112110000078061 del 27 de abril de 2021, autorizando el uso de lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 34243 para proveer ocho (8) vacantes en el empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 con diferente ubicación geográfica como se enuncia a continuación:

REGIONAL	DEPENDENCIA	MUNICIPIO	CARGO	CODIGO	GRADO
ANTIOQUIA	C.Z. LA FLORESTA	MEDELLIN	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
BOGOTA	GRUPO DE PROTECCION	BOGOTA	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
CHOCO	C.Z. QUIBDO	QUIBDO	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
MAGDALENA	C.Z. SANTA MARTA NORTE	SANTA MARTA	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
VALLE	C.Z. RESTAURAR	CALI	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
ATLANTICO	C.Z. HIPODROMO	SOLEDAD	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
NORTE SANTANDER	C.Z. CUCUTA 3	CUCUTA	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
VICHADA	C.Z. PUERTO CARREÑO	PUERTO CARREÑO	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17

Dichas vacantes fueron ofrecidas a los ciudadanos que continúan en lista, esto es:

POSICIÓN EN LA LISTA	RESOLUCIÓN	ENTIDAD	EMPLEO	PUNTAJE	CÉDULA	NOMBRE	FIRMEZA
20 <sup>e</sup>	20182020074235 del 18 de julio de 2018	ICBF	34243	70,64	1102843685	MARÍA JULIA PUERTA CORENA	31 de julio de 2018
21				70,39	45530267	GILMA ROSA OSPINO BARRIOS	
22				70,1	73144627	RODRIGO FACIO LINCE MIELES	
23				70,08	1047424237	MARÍA ANGÉLICA OTERO VILLALBA	
24				69,91	73594292	ABRAHAN JAVIER BARROS AYOLA	
25				69,78	45781419	MARÍA MAGDALENA NAVARRO RODRIGUEZ	
26				69,49	73202902	ELKYN DARIO CASTAÑO GÓMEZ	
27				69,33	1047369496	GERMÁN VALDELAMAR FERNÁNDEZ	

**4.-** Esta Sala haciendo uso de las facultades oficiosas y discrecionales conferidas por la jurisprudencia constitucional, se comunicó vía telefónica con la ciudadana Laura Cantillo Rhenals<sup>10</sup>, con el objeto de obtener mayor información del presente caso y arrimar a una decisión acorde con la realidad, la accionante, puso de presente que actualmente por recomposición se encuentra en la posición N° 6 de la lista de elegibles, sin embargo, aseguró que no existe acto administrativo en ese sentido, señaló además, no haber sido parte y/o vinculada en el proceso constitucional adelantado por el ciudadano Rodrigo Faciolince Mieles.

**5.-** Se hace necesario dejar que claro que si bien para la fecha de expedición del presente fallo, la lista de elegibles a la cual pertenece la actora se encuentra vencida, lo cierto es que al momento de interponer el presente accionamiento (27 de enero del 2021), dicha lista se encontraba vigente, en tanto, la misma perdió vigor solo el día 05 de junio hogaño, mientras que las demás listas de esa convocatoria, con el mismo código y grado, pero ubicadas en otros municipios y ciudades, vencieron en el mes de julio del año 2020.

<sup>10</sup> Abonado Telefónico 3013677747





6.- Considera la Sala necesario dejar claro que el presente caso se circunscribirá de manera exclusiva a la lista de elegibles conformada mediante la **Resolución N° 20192230050135 de fecha 13 de mayo de 2019 OPEC 34243** para suplir los cargos de Defensor De Familia código 2125 grado 17 y de ninguna manera podrá hacerse extensivo el estudio constitucional con relación a otras listas de elegibles y mucho menos tal como lo aseguró el ICBF que la demanda de amparo debía acumularse con la acción constitucional conocida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, dado que en aquel asunto las demandantes solicitaron el uso de la lista de elegibles **Resolución CNSC No. 20182230072735 del 17 de julio de 2018**, y si bien existió un pronunciamiento con relación a todas la listas de elegibles en el marco de la convocatoria N° 433 de 2016, ello, atendiendo lo ordenado en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, lo cierto es que la lista a la cual hace parte la actora fue excluida, en tanto, la parte resolutive de esa decisión, sólo hace referencia a las listas que vencían el 30 de julio de 2020, mientras que la presente tiene una vigencia diferente (05 de junio de 2021).

7.- Teniendo claro todo lo anterior, y ante la evidente igualdad de *causa, objeto y parte pasiva* con la acción constitucional resuelta por esta Colegiatura en segunda instancia en data 09 de marzo del presente año, identificada con el radicado N° 13-001-31-04-000-2020-00068-02, accionante: Rodrigo Faciolince Mieles. Encuentra la Sala que el criterio allí sentado, resulta procedente aplicarlo al caso de marras, de cara a ello, se desarrollara la presente decisión.

Advertido lo precedente, se hace necesario determinar si la demanda de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia.

**Legitimidad por activa:** En la acción de tutela que se revisa se considera que la ciudadana Laura Cantillo Rhenals se encuentra legitimada en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, ya que afirma ser la directamente afectada con el actuar del ICBF y CNSC.

**Legitimidad por pasiva:** En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas y a voces de la actora ambas se han negado a hacer uso de la Lista Elegibles Resolución CNSC No 20192230050135 del 13-05-2019 OPEC 34243, para cubrir las vacantes definitivas del cargo de Defensor De Familia Grado 17, Código 2125. Además de ello, la Comisión accionada es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer los cargos ofertados.

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



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

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

En su lugar, lo que la accionante pretende; es que se inaplique dicho concepto unificado por ser inconstitucional en su caso y, en consecuencia, se habilite el uso de la lista de elegibles que integra para proveer cargos equivalentes al cual ostenta la condición de elegible, sin que para ello importe la ubicación geográfica.

Considera la Sala que la anterior pretensión es de resorte del juez constitucional, no administrativo como erróneamente lo sostuvo el juez de primera instancia, por lo cual, se abre paso el estudio de fondo de la presente acción de tutela.

Siendo procedente al amparo, como punto de partida debe indicarse, que la accionante Cantillo Rhenals, no le asiste el derecho, sino una expectativa, de ser nombrada en el cargo de “Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17”, identificado con el No. de OPEC 34243. Debido a que ella no ocupó ninguno de los lugares entre el primer y el décimo séptimo puesto dentro de su lista de elegibles, lo cual le hubiera significado adquirir el derecho a ser nombrada en una de las 17 vacantes ofrecidas en la ciudad de Cartagena por el ICBF dentro de la Convocatoria 433 de 2016, sino que se ubicó en el puesto No. 32. Además de ello, las ocho (8) vacantes generadas con ocasión al cumplimiento del fallo de tutela proferido por esta Sala en marzo pasado tampoco la actora logró ubicarse en una de dichas vacantes.

Debe tenerse en cuenta además, que el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 dispone que con las listas de elegibles conformadas en un concurso de méritos se deben proveer tanto las vacantes que fueron ofrecidas en el mismo, como “*las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”.

Ese cambio normativo, 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, es decir, abre la posibilidad de que la hoy actora sea nombrada en alguna vacante definitiva de la misma naturaleza, perfil y denominación que el empleo por el cual concursó y que se haya creado en el ICBF con posterioridad a la apertura de la Convocatoria 433 de 2016.

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



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

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

Para resolver el anterior planteamiento, debe traerse a colación el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, que al respecto establece “*ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.*”

Constata la Sala que, en efecto, la CNSC está dando un alcance contrario a lo pregonado por la referida disposición legal, pues esta es clara, en su tenor literal, al referirse a cargos equivalentes, en una acepción más amplia que la emanada de la Comisión.

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

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

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



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

En ese orden de ideas, se concluye entonces que la aplicación del criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, en el caso en concreto de la accionante, ha vulnerado el debido proceso administrativo que le asiste al interior del proceso de selección en el que participa, al negarse la CNSC a adelantar las gestiones pertinentes para la utilización de la lista de elegibles que integra para proveer cargos equivalentes con diferente ubicación geográfica.

Al respecto, vale la pena agregar que se encuentra acreditado al interior de esta actuación que el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, no registra diferencias de funciones en razón a su ubicación geográfica. Pues una vez consultado los manuales de funciones de la entidad<sup>11</sup>, se pudo constatar que el manual de funciones para el cargo de Defensor de Familia es único.

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

Ahora, si bien en el pasado existió una orden en idéntico sentido emitida por esta Sala, tal como se anotó líneas arriba, la misma no puede ser extensiva a la hoy actora, en tanto en aquel trámite constitucional la demandante no fue participe ni existe una vinculación efectiva que le permitiera elevar solicitud alguna.

Además lo anterior, la Sala no olvida que el ICBF en el informe rendido al presente trámite, manifestó que existía una *imposibilidad de cumplir una nueva orden judicial*, puntualmente, sostuvo que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2020, dentro de la acción de tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, con el fin de ser nombradas en el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, por estar en lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, ordenó “(...) 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

---

<sup>11</sup> <https://www.icbf.gov.co/gestion-humana/manualfunciones>





(ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.(...)”.

En virtud de la anterior orden el ICBF reportó en el aplicativo SIMO ciento veinticuatro (124) vacantes correspondientes al empleo Defensor de Familia, por lo cual la CNSC, profirió la **Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021**, “Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la Acción de Tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”

Sin embargo, considera la Sala que la autoridad accionada en el informe rendido a este trámite trata de confundir al Juez constitucional, en tanto, tal como se encuentra probado y como acertadamente lo indicó la Corte Constitucional, en la decisión a través de la cual desacato el conflicto de competencia entre los Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena y el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, de dicha orden fue excluida la lista a la cual hace parte la actora, en tanto, la parte resolutive de esa decisión, sólo hace referencia a las listas que vencían el 30 de julio de 2020, y no la lista de elegibles de marras la cual tiene una vigencia diferente (05 de junio de 2021). Por ello, los efectos de dicha sentencia de tutela no irradian efectos en la lista a la cual pertenece la hoy accionante, recordemos que fue la adoptada por medio de la resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019.

Ahora, con relación a la solicitud de la actora, que busca que se le ordene a las autoridades accionadas, *que procedan a expedir el acto administrativo de nombramiento en carrera administrativa de la suscrita LAURA VANESSA CANTILLO RHENALS, en el cargo de DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17*, se advierte que el nombramiento directo en una de las vacantes definitivas que se encuentran disponibles actualmente en el ICBF no podría ser ordenado a través de la acción de tutela, dado que este mecanismo constitucional solo resulta procedente “cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público”<sup>12</sup>.

No obstante, la Sala considera que la alternativa en el presente caso, es amparar las garantías iusfundamentales de la ciudadana Cantillo Rhenals, pero en punto a ordenarle a las autoridades que realicen el trámite para establecer la procedencia de su nombramiento en una vacante definitiva del empleo denominado “Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17”, identificado con el No. de OPEC 34243, sin importar la ubicación geográfica.

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

Finalmente, la Sala no pasa por alto la solicitud de la ciudadana **Yeimy Lorena Vera Peña**, quien se duele porque el *a quo* no se pronunció con relación a sus solicitudes, pues afirma

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 2012.



tener un derecho particular y concreto para ser nombrada en periodo de prueba y posesionada en el cargo de defensor de familia, en tanto, hace parte de la lista de elegibles Resolución No 0512 del 3 de marzo del 2021 adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el *Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena*, en la cual ocupó la posición No. 65.

De entrada advierte la Sala que tal pretensión deviene improcedente, pues la situación fáctica de la ciudadana Vera Peña es ajena a lo aquí desarrollado, en tanto, no hace parte de la lista de elegibles adoptada por medio de la resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019, pues tal como ella misma lo afirmó hace parte es de la lista de elegibles adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el *Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena*, en la cual ocupó la posición No. 65.

Sin embargo, esta Sala concluye que dicha ciudadana puede estar confundida con el derecho que eventualmente pueda asistirle en el marco del concurso de méritos, pues debe recordarse que el fallo de tutela emitido por el *Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena*, fue posteriormente anulado por la Sala Civil Familia de este Tribunal, por ende cualquier orden que se hubiera proferido en esa oportunidad perdió sus efectos.

Al margen de ello, si la ciudadana Yeimy Lorena Vera Peña, hace parte de la lista general de elegibles adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se le advierte a dicha ciudadana que será ese el escenario donde debe elevar cualquier solicitud pues como lo manifestó el ICBF actualmente se encuentra abierta una actuación administrativa a través de la cual se están llevando a cabo los respectivos nombramientos en periodo de prueba.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela de fecha 28 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, y en su lugar, **TUTELAR** el derecho el debido proceso administrativo de la ciudadana **Laura Vanessa Cantillo Rhenals**, de conformidad con las consideraciones esbozadas en precedencia.

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

**TERCERO: ORDENAR** al ICBF y a la CNSC que dentro del término de treinta (30) días calendarios, siguientes a la notificación de esta decisión, establezcan cuál es el trámite a seguir para materializar el uso de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019, respecto a los cargos equivalentes vacantes o desiertos en todo el territorio nacional, sin que sea óbice la diferencia de ubicación geográfica. El procedimiento que para el efecto se establezca deberá contar con un calendario que defina detalladamente sus etapas y defina las fechas en que se desarrollarán cada una de estas.



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

**TERCERO: ENVIAR** copia digital de la presente decisión al Juzgado de primera instancia.

**CUARTO: REMITIR** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**JOSE DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL**

Magistrado Ponente

**FRANCISCO ANTONIO PASCUALES  
HERNÁNDEZ**

Magistrado

**PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ  
MAGISTRADA**

**LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO**

Secretario

