



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, octubre siete (7) de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado en Acta No. 058

Radicado: 54-518-31-84-002 2020-00060-01
Accionante: MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA
Accionados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Oralidad de Pamplona, en la acción de tutela de la referencia.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Hechos¹

Sostiene el actor:

1.1 Que mediante acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convocó a concurso abierto 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 (ICBF), encontrándose en los empleos de nivel

¹ Folios 5-19 del c. primera instancia digitalizado allegado a la Sala para la segunda instancia, en el cual se pueden efectuar las verificaciones a que haya lugar

profesional, el identificado con el código OPEC 39458, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, siendo ofertada una vacante para la ciudad de Cali.

1.2 Una vez agotadas las etapas del proceso de selección, la CNSC procedió a conformar lista de elegibles con los concursantes que aprobaron las pruebas eliminatorias y atendiendo al estricto orden de mérito, expidiendo la Resolución No. CNSC-20182230040585 del 26 de abril de 2018, por medio del cual *“se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC 39458, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11...”*, en la cual él ocupó el lugar dos (2) en la lista con un puntaje de 70.76 ahora el primero por recomposición de la lista.

1.3 El Decreto 1479 de 2017 y la Resolución 7746 del mismo año, disponen que el cargo creado y correspondientes con los cargos que pretende, debían ser provistos a través del procedimiento dispuesto por la Ley 909 de 2004 y sus respectivas modificaciones y el Decreto 1983 de 2015, es decir, haciendo uso de la lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, OPEC 34267, pues debe considerarse que esos cargos se encuentran en vacancia definitiva, disposición ésta, al respecto de los nombramientos realizados en virtud del mencionado Decreto 1479, que fue derogada por revocatoria del artículo 4 de la convocatoria del concurso, sin que a la fecha se conozca convocatoria efectiva para la disposición de forma permanente de dichas plazas, afectando gravemente el derecho al mérito de las personas que hayan podido concursar en la mencionada convocatoria 433 de 2016, y que no han podido ser nombrados en carrera administrativa al quedar en puestos inferiores a las plazas directamente ofertadas en la convocatoria en la lista de elegibles, a pesar de haber superado todas las pruebas de conocimiento y aptitudes del citado concurso de méritos.

1.4 Que en el artículo 4 de la convocatoria 433 se registró lo siguiente: *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 la vigencia en los mismos empleos convocados”*.

Y con base en este artículo elevó un derecho de petición en el que solicitó:

“1. ¿Para la convocatoria 433, el ICBF debe reconfigurar una lista de elegibles a nivel nacional y publicitarla?, hablando de la misma convocatoria 433. 2. ¿o cuál es el mecanismo para conocer los cargos para la nueva lista de elegibles con cargos iguales en otras regiones geográficas?”

La CNSC ante esas dos preguntas, le respondió:

“Previo a atender su solicitud es del caso precisar que una vez verificado en Banco Nacional de Lista de Elegibles se constató que la CNSC conformó lista de elegibles mediante Resolución No. 20182230040585 del 26 de abril de 2018 (sic) para proveer una (1) vacante del empleo No. 39458 denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, ofertado a través de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, en la cual Usted ocupó la segunda (2) posición. (...).

“Así las cosas, resulta claro que las listas de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron. A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les generara el derecho a ser nombrados, les asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Por otro lado, es menester informarle que el artículo cuarto del acto administrativo por el cual se conformó la lista de elegibles del empleo 34958 al que usted hace alusión sobre la reconfiguración de listas, fue revocado por esta Comisión Nacional mediante la Resolución No. 20182230176785 del 22 de noviembre de 2018, la cual puede ser consultada en la página de la convocatoria, específicamente en el acápite de normatividad”.

De la respuesta dada deduce que el artículo 4 del acuerdo de la convocatoria 433 de 2016 fue revocado y según su punto de vista a él solo le asiste una expectativa.

1.5 Se remite a lo dispuesto en artículo 63 de la convocatoria 433 de 2016, que dice:

“Artículo 63, RECOMPOSICIÓN DE LISTA DE ELEGIBLES: Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando éstos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista (...).”

Considera que de acuerdo a este artículo y después de conocerse el nombramiento de la persona que figuraba en el primer lugar de la lista de elegibles determinada con la resolución No. CNSC-20182230040585 del 26 de abril de 2018, queda establecido su paso al primer lugar de la lista.

1.6 Que el 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 de 2019, la cual modificó la forma en que se deben proveer los empleos.

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 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 méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

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

La ley rige entonces a partir de su publicación, es decir se aplicará a futuro, pero con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, se debe tener en cuenta que la irretroactividad de la ley tiene ciertas excepciones, *“para el caso concreto ocurre precisamente este hecho, lo expresado por la CNSC me ayuda a sustentar este argumento, mencionado ya en respuesta del artículo 6 de los hechos relacionado en el presente escrito: A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les generara el derecho a ser nombrados, les asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo”.*

1.7 El 1 de agosto de 2019, la CNSC emitió un *“Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019”*, que restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

1.8 Existen por lo menos 12 fallos de tutela de sentencias de segunda instancia de tribunales de diferentes especialidades, que han apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, contra las decisiones del ICBF de aplicar del criterio unificado del 16 de enero de 2020, procediendo a enumerar cada uno de ellos, así como uno del Consejo de Estado.

1.9 Que como circunstancia especial, es padre de dos niños menores de edad que dependen de él y que se han visto afectados negativamente por el actuar del ICBF y la CNSC y que no tiene capacidad económica para cubrir los costos de acciones extensas y onerosas judiciales.

1.10 Por último, que para los nombramientos de las personas que están en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta para ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos *“porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitados por el Criterio Unificado CNS del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo”*.

2. Pretensiones²

Solicita se tutelen sus derechos fundamentales que considera vulnerados por los accionados al debido proceso, trabajo, principio de la buena fe, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos; inaplicar por inconstitucional el *“Criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”* de la CNSC y como consecuencia se ordene:

“(…) a las accionadas que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230040585 del 26 de abril de 2018 respecto al cargo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 11 CÓDIGO 2044 en una de las vacantes que en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva. (…)”

III. ACTUACIÓN PROCESAL EN LO RELEVANTE

1. Admisión

El 21 de agosto de 2020 se admitió la demanda³; se vinculó al contradictorio por pasiva a quienes participan en la convocatoria No. 433 de 2016 referida, para proveer en forma definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, ordenando a la CNSC comunicar en la página web de esa entidad; igualmente a las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Universitario Código, Código 2044, Grado 11 de la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la convocatoria en mención y que han sido provistos en provisionalidad-Profesional Universitario Código 2044, grado 11, ordenando al ICBF

² Folios 423-426 ibídem

³ Folios 30-33 ibídem

comunicar en la página web de esa entidad; ordenó notificar y correr traslado para que se pronunciaran sobre los hechos que fundamentan la petición de amparo y se practicaron unas pruebas.

2. Contestación de la tutela

2.1 CNSC⁴

Su Asesor Jurídico dice que consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad SIMO, se constató que el accionante concursó en la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, para el empleo, identificado con el código OPEC No. 39458, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 2 en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC-20182230040585 del 26 de abril de 2018, para proveer una (1) vacante.

Refiere que en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF el mencionado acto administrativo para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito, es decir la primera posición.

Aclara que en cuanto a nombramientos y posesiones de los servidores del ICBF, recaen exclusivamente en el director de este instituto o en la persona que ésta delegue, no correspondiéndole a la comisión interferir en esta facultad pues frente a los procesos de selección está limitada a las fases de convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas y conformación de listas de elegibles, recayendo en las entidades destinatarias del concurso la responsabilidad de realizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles, y una vez culminado deberá ser evaluado emitiendo la calificación que en derecho corresponda.

Resalta que los participantes en los concursos de mérito no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, *“toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó”*.

Indica que la citada convocatoria inició con la expedición del Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, es decir, que para la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 no sólo se

⁴ Folios 462-471 ibídem

había ejecutado sino que había finiquitado, pues las listas de elegibles alcanzaron firmeza con mucho tiempo de anterioridad a su expedición y la interposición de esta demanda, por lo que a este momento todas las situaciones derivadas de aquélla están consolidadas, siendo claro que no es procedente aplicar con retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 en este caso, 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”*, ya que en este caso nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, *“pues las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, es decir, es una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad, pues provisión de las vacantes ofertadas con ocasión del concurso de méritos obedece a la consumación del fin constitucional en la provisión de empleo”*.

Señala que para determinar si un empleo es *“equivalente”* a otro se deberá analizar la similitud de funciones, de requisitos, de estudio, experiencia y competencia laborales así como el nivel jerárquico y grado salarial, proceso que inicia con la revisión y selección de los empleos de las listas de elegibles vigentes que se enmarcan en un mismo nivel jerárquico y grado salarial; en segundo lugar la revisión ya sea de las disciplinas o de los núcleos básicos del conocimiento según corresponda, del tipo y tiempo de experiencia, así como de las competencias de cada uno de los empleos para finalmente analizar y determinar la similitud de funciones, proceso que requiere de un análisis técnico detallado para determinar el contenido temático de las mismas.

Para el uso de las listas se deben presentar dos situaciones: una, que cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es deber de la entidad expedir el acto administrativo de derogatoria; caso contrario cuando el elegible ya ha tomado posesión del empleo y renuncia, se expide el acto administrativo de aceptación de renuncia, caso en el cual el *“uso de listas es automático”* y en este caso la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante su vigencia conforme lo dispone el inciso 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, destacando que la recomposición de la lista se produce de manera automática una vez se genera la vacante.

La segunda situación ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba o cuando la entidad crea nuevos cargos durante la vigencia de las listas de elegibles, evento este en que la entidad debe solicitar autorización para hacer *“uso de la lista con cobro”*, conforme a lo determinado en el inciso cuarto del artículo 30 de la Ley 909 de 2004.

Frente a la vigencia de la lista de elegibles conformada mediante Resolución CNSC—20182230040585 del 26 de abril de 2018, cobró firmeza el 17 de mayo de 2018 y su fecha de

vencimiento era el 16 de mayo de 2020, por lo cual a esta fecha todos los que se encuentran en la mencionada lista ya pierden su calidad de elegibles, por lo que se puede concluir que MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA ya no ostenta calidad de elegible.

Esa comisión, en decisión del 27 de mayo de 2020 concluyó que la declaratoria de emergencia nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles, por cuanto la disposición aplicable del Decreto 491 de 2020 habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de la lista de elegibles en firme, y en ese sentido los afectados con la vigencia de estas continuaron intactos, permitiendo así hacer uso de las mismas.

Afirma que se corroboró que el accionante ocupó la posición dos (2) en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230040585 del 26 de abril de 2018, por lo que no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo de conformidad con el número de vacantes ofertadas, lo que implica que se encontraba sujeto no solo a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Solicita se declare improcedente la presente acción constitucional por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la CNSC.

2.2 ICBF⁵

Su Jefe de la Oficina Asesora Jurídica estima que la acción de tutela es improcedente por no cumplir los requisitos de trascendencia ius fundamental del asunto, de subsidiariedad y perjuicio irremediable, en razón a que ya se publicó la lista de elegibles que adquirió firmeza hace casi dos años conformada para proveer una (1) vacante y en dicha lista el accionante ocupó la posición número 2, amén que no cuestiona dicha lista ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019; ataca la aplicación de un acto de carácter general proferido por la CNSC denominado "*Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019*", del 16 de enero de 2020 el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Advierte que no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales alegados, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que

⁵ Folios 487-496 ibídem

se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU-446 de 2011, las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacancias ofertadas en la convocatoria y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC como órgano rector de la carrera administrativa emitió el referido criterio unificado en virtud del cual se están usando las listas de elegibles de la también mencionada convocatoria 433 de 2016, en los casos autorizados por esta.

Señala que una vez surtido el procedimiento establecido por la CNSC, el ICBF encontró que el accionante exige su nombramiento en un cargo para el que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que no cumple con los requisitos establecidos en el criterio unificado, pues para la OPEC para la cual participó no existen vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria 433.

Indica que para el caso concreto, a través de la OPEC 39458 se ofertó una (1) vacante del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, cuya ubicación geográfica era la Regional Cali-Valle del Cauca y la lista de elegibles prevista para proveer dicha vacante, publicada por la CNSC mediante Resolución No. 2018223004085 del 26 de abril de 2018, estaba conformada por 3 personas dentro de las cuales el accionante ocupó la posición No. 2 y una vez en firme esa lista el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad; por tanto, el proceso para proveer la vacante para el cargo en el que participó esta ya se surtió con el nombramiento y posesión del participante que ocupó el primer lugar.

Destaca que el actor cuenta con mecanismos distintos a la tutela para reclamar sus derechos sin que haya demostrado que son insuficientes para esos fines, ni demostró que al acudir a las vías judiciales ordinarias se configure un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales; el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ninguno de esos derechos porque adelantó todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019 y estableció la no procedibilidad de hacer uso de la lista de elegibles del caso concreto condicionada a la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Teniendo en cuenta que el demandante enfatiza la falta de acción del ICBF para llevar a cabo de manera inmediata su nombramiento, aclara que en principio con la expedición de la Ley 1960 de 2019, tanto el ICBF como la CNSC emitieron distintos actos sobre la aplicación de esa norma, que consideraron viable únicamente para los concursos que se generaran a partir de su entrada en vigencia, el 27 de junio de 2019; no obstante, el 16 de enero de 2020 la CNSC emitió criterio unificado sobre la aplicación de la ley ya mencionada *“y determinó como órgano rector de la carrera administrativa que era procedente dar cumplimiento a la norma frente a la lista de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encontraban vigentes”*.

Resalta que para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, entre otras, a través de la OPEC 39458 no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el criterio unificado expedido por la CNSC por no corresponder con los criterios de perfil y ubicación geográfica.

Solicita se declare improcedente frente al ICBF la acción de tutela interpuesta por no cumplir los requisitos de relevancia ius fundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable; y en caso de que se estime procedente se subsidiariamente sea negada al no advertirse violación de derechos fundamentales por condiciones atribuidas a la entidad.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA EN LO RELEVANTE

La *a quo* declaró improcedente el amparo constitucional invocado por el demandante respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, y tuteló el derecho fundamental de petición contra el ICBF, argumentando las siguientes razones:

Considera que la presente acción de tutela resulta improcedente debido a que existen otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que incluso se consagran medidas cautelares para propender por la protección de sus derechos fundamentales, porque la inconformidad del actor versa en últimas sobre un derecho particular consignado en un acto administrativo, cual es la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 en que se revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230050595 del 21 de mayo de 2018, que era la norma que regulaba la consolidación de una lista general que sería usada una vez se agotaran las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, por lo que debió ejecutar las acciones que tenía a su alcance a fin de controvertir dicho acto administrativo y buscar dejar en firme la segunda norma referida.

Otro de los reproches formulados por el accionante es que en el criterio unificado por la CNSC el 16 de enero de 2020 incluyó entre otros el requisito de la ubicación geográfica, por ser éste uno de los ítems con los que se identifica el cargo para el que concursó el accionante OPEC 39458, precisando que si aquél tenía algún reparo frente a dicho acto administrativo debió controvertirlo mediante los recursos ordinarios que tuvo a su alcance para tal fin y no utilizar la acción de tutela como único mecanismo para perseguir sus propósitos, por lo que no se cumple con la primera exigencia prevista para superar el requisito de subsidiariedad, esto es, que la persona afectada no cuente con mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y con suficiente idoneidad para la protección de sus derechos fundamentales.

Aclara la *a-quo* que no desconoce el precedente vertical sentado por esta Sala en sentencia de segunda instancia del 30 de junio de 2020, M.P. NÉLSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS, al resolver en principio, un asunto de similares contornos al que se ocupa, *“en el que claramente se precisó, que en tratándose de concurso de méritos, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre constitucional ha permitido el ejercicio de la acción de tutela, pese a existir otro mecanismo de defensa judicial, reseñando para tal fin la sentencia T-091 de 2018”*.

Al respecto dice lo siguiente:

“Lo cierto es que, a diferencia del caso analizado en dicha oportunidad por el Tribunal en mención, el asunto que actualmente ocupa la atención del Despacho, no resulta un caso análogo, dado que en estricto sentido no tiene idénticos supuestos fácticos dadas las siguientes circunstancias:

l).- La señora Luz Mary Díaz García, radicó la acción de tutela el ocho (8) de mayo de 2020, cuando aún estaba vigente la lista de elegibles en la cual ésta se encontraba, pues la misma se extendía hasta el 05 de junio de 2020, circunstancia que no ocurre en el presente caso, pues en éste asunto la lista de elegibles que integra el accionante perdió su vigencia el pasado 16 de mayo de 2020”.

Se remite a lo dispuesto por el Consejo de Estado dentro del radicado 2019-00730, Sentencia C-319 de 2010 y Sentencia SU-446 de 2011, para concluir que en el asunto bajo estudio lo que precisamente quiere significar dicho pronunciamiento *“es que es posible que las listas de elegibles puedan ser extendidas para proveer empleos adiciones a los originalmente ofertados, como lo que precisamente no cumple el señor Mena Zapata dado que la vigencia de la lista de elegibles que conforma, feneció el 16 de mayo de 2020; esto es, tres meses antes de la interposición de la presente acción de tutela; lo cual marca el derrotero para afirmar que no se trata en estricto sentido de un caso análogo, por carecer de los mismos supuestos fácticos de la tutela Radicado 54-518.31-12-002 2020-00033-01; pues cuando la señora Luz Mary Díaz interpuso la acción de tutela, la lista de elegibles a la cual pertenecía no había perdido vigencia; y por tanto no sería posible que el asunto de marras tuviese la misma solución dada por el Superior en la Sentencia del 30 de junio de 2020, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda. (...)*.

Por ello, en el presente caso el interesado pretende usar la presente acción de tutela como un medio para contrarrestar su omisión y desinterés en no acudir a los medios judiciales ordinarios que tuvo a su alcance, e inclusive al uso oportuno de la acción de tutela.

Continúa diciendo:

“Y el tercer aspecto, que tampoco permite catalogar el caso de la señora Luz Mary Díaz García, análogo al que nos ocupa, es que del plenario se colige que la mencionada Señora Díaz García acudió en una sola oportunidad a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, empero el señor Mena Zapata en el mes de marzo hogañó, acudió a un resguardo similar, que correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento (radicado 2020-00014); en el cual se aceptó el desistimiento efectuado por el mismo accionante, mediante auto de fecha 21 de mayo de 2020 proferido por dicha Sede Judicial”.

Por tanto, el accionante sí cuenta con mecanismos distintos a la tutela para defender eficazmente sus derechos, pues se encuentra legitimado para impugnar los actos administrativos que considera se los vulneran; el amparo no deviene urgente y necesario en forma tal que de no ampararse los derechos fundamentales se le afectaría irremediamente, no acreditándose ningún perjuicio irremediable urgente e impostergable que esté próximo a ocurrir, por lo que insiste en que no se cumple con el requisito de subsidiariedad.

Señala que el accionante no solicitó la presente acción de amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y menos allega prueba siquiera sumaria de tal situación; a pesar de haber manifestado en el escrito tutelar que tiene dos hijos menores de edad que dependen completamente de él y que no cuenta con recursos económicos para cubrir los costos de acciones judiciales extensas y onerosas, lo cierto es que no se alegó y menos se acreditó una presunta vulneración al mínimo vital; *“máxime cuando los reproches que han afectado al actor para que no se hubiese efectuado su nombramiento en otras vacantes posteriores a las ofertadas en su convocatoria, datan desde el año 2018 como se explicó en precedencia; y finalmente desde el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020; tiempo desde el cual había podido invocar la situación económica que ahora aduce; y sin embargo la tutela que nos ocupa sólo se presentó hasta el 21 de agosto de 2020”*, por lo que si el actor se encontraba ante un perjuicio irremediable debió acudir a la acción de tutela una vez la CNSC profirió el criterio unificado del 16 de enero de 2020.

Concluye que la presente solicitud de amparo constitucional resulta improcedente *“en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016 en razón a que no se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad tales como la subsidiariedad, ni siquiera como mecanismo transitorio, al no configurarse la amenaza o riesgo de un perjuicio irremediable, así como tampoco el de inmediatez”.*

Referente a los derechos de petición que dice el accionante elevó el 7 de enero, 9 de enero y 15 de mayo de 2020, el ICBF vulneró este derecho por lo que tuteló el mismo y ordenó al ICBF emita una respuesta de fondo, clara, completa, precisa y congruente con lo solicitado, los cuales deberán ser puestas en conocimiento del peticionario.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo proferido en primera instancia, el accionante impugnó la decisión con fundamento en los siguientes argumentos⁶:

Las accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales y los de otros concursantes de la Convocatoria 433 de 2016 que igual en los últimos meses han interpuesto tutela, haciendo una relación de 19 tutelas y que siguen aumentando día a día según el comportamiento abiertamente conocido por los que observan el desenvolvimiento de la mencionada convocatoria.

La *a quo* omite plantear una solución al problema jurídico sobre “*derechos de los niños*” alegado en sus pretensiones, además centra los problemas jurídicos en torno al criterio unificado de la CNSC expedido el 16 de enero de 2020 que ya fue inaplicado por su superior, olvidando mencionar sus otras pretensiones de tal forma que la sentencia es incongruente por lo que solicita se inaplique por inconstitucional ese criterio unificado; solo abordó desde un comienzo su problema jurídico de la misma forma en que lo hizo la sentencia de primera instancia de la señora LUZ MARY GARCÍA, olvidando mencionar sus otras pretensiones.

Manifiesta que ha sido diligente con el tema de su nombramiento para un empleo ICBF por la convocatoria 433 de 2016, y para el requisito de inmediatez es necesario tener en cuenta que la vulneración ante la negativa de las accionadas de hacer uso de la lista en que él se encontraba para la provisión de cargos vacantes en el ICBF, mantiene en el tiempo la transgresión de sus derechos, realizó preguntas a las entidades desde el 23 de noviembre de 2018, presentó derechos de petición que no fueron respondidos dentro del término unos y otros nunca contestaron.

Enfatiza en que sí recurrió en la ciudad de Cali a una acción constitucional interpuesta por él, pero luego con una acción de tutela interpuesta en Manizales por la señora BEATRIZ ELENA GÜIZA GAVIRIA fue beneficiado por las órdenes allí establecidas que fue a favor de la accionante y muchos otros, así:

⁶ Folios 817-846 ibídem

“QUINTO: ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar las actuaciones administrativas y presupuestales necesarias para proveer con nombramiento en provisionalidad o en encargo con las personas que conforman las listas de elegibles que se encuentren en firme y vigentes por la convocatoria 433 de 2016 y se produzca en un término de DOS (2) MESES el nombramiento de los aspirantes en estricto orden de mérito”.

Dice que esperó un tiempo hasta que se dio cuenta que el ICBF y/o CNSC habían impugnado la sentencia y ese nombramiento no se dio, esperando más o menos el 4 de mayo de 2020; luego en días cercanos al 15 de junio de 2020 fue beneficiado con la sentencia del Juez 17 Laboral del Circuito de Cali, en donde ordena nombrar a los aspirantes del empleo de Profesional Universitario código 2044, grado 11, esperando pacientemente el nombramiento ordenado por este juez y hasta el día de hoy no ha sido notificado por ningún tribunal de algún fallo de segunda instancia que esté en contra de sus pretensiones, venciendo el término establecido para que fueran nombrados.

Ha esperado pacientemente el desenlace de esta convocatoria 433 de 2016, pero su paciencia fue colmada por los sucesos acaecidos este año que no fueron provocados por él, como la pandemia que afectó a todos y el accionar de las entidades accionadas y las trabas administrativas interpuesta para su nombramiento y el de muchos otros; pero también se vio golpeada su paciencia cuanto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral, en un fallo a favor de la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ cuando esta señora ocupaba el tercer puesto en la lista de elegibles, cuando él ocupa el segundo puesto de esa lista saltándose al que tiene mejor derecho, situación que lo hizo interponer esta acción de tutela en esta ciudad.

Destaca que con Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020 La CNSC adoptó medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación del Covid-19 en la que suspendió *“los cronogramas y términos de los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020”* y con resoluciones sucesivas se extendió la vigencia de dicha resolución hasta el 31 de agosto de 2020, por lo que la lista de elegibles no se encuentra vencida pues la fecha se prolongó hasta el 28 de noviembre, tesis que fue acogida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil Familia, en sentencia proferida el 6 de agosto de 2020 que fue relacionada en su demanda como una de las sentencias que también respalda la decisión de aplicar el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

Hace una relación de 32 resoluciones de nombramientos con lista de elegibles vencidas para que se tengan como prueba, pues considera importante para lo que pretende demostrar y si no se toma en cuenta la Resolución CNSC 4970 todas estas resoluciones de nombramientos fueron realizadas con lista de elegibles; su caso es análogo al de otros fallos que aceptan la aplicación del artículo 6 de la Ley 1950 de 2019, pero para aceptarla se debe inaplicar el pluricitado criterio unificado de la CNSC porque es inconstitucional, tal como lo explicó esta Colegiatura.

Dice que el fallo de primera instancia no menciona por ninguna parte el hecho de que hay una acción de cumplimiento donde a la CNSC le *“ordena el cumplimiento del artículo 6º de la ley 1960 de 2019”*, y esa prueba es muy importante debido a que es este artículo el que se debe cumplir para todas las convocatorias.

Considera que reúne los requisitos de inmediatez y subsidiariedad en razón a estar amparado por dos tutelas no como accionante, pues tutelaron los derechos de la tercera en lista pero olvidaron mencionar al segundo, además que la lista ha estado en constante reclamación por lo que decidió interponer la tutela; no es cierto que su actuación haya sido desidiosa como lo dice la juez, quien olvidó mencionar que han sido afectados todos por una pandemia situación que es tan evidente que no necesita demostrarlo, golpeando más a las personas que no tienen empleo; es tan apremiante la situación que la misma rama judicial se vio afectada en su funcionamiento y por ende los usuarios por lo menos en procesos diferentes a tutelas, como acciones de nulidad y restablecimiento de derechos, o nulidad simple.

Reitera que tiene dos hijos menores por los que responde económicamente y se están viendo afectados enormemente por su falta de empleo desde el mes de enero de 2019, pues se le han disminuido sus ingresos a un nivel muy bajo que lo han obligado a pedir ayuda a su familia y a terceras personas, no posee bienes que pueda vender para salir de la crisis agravada aún más por la pandemia, además cuenta con 52 años de edad.

No dispone de otro medio eficaz para realizar su reclamación, pues sus condiciones económicas no permiten entablar acciones judiciales diferentes a la tutela en este momento, y menos cuando las listas de elegibles pronto se vencerán y los efectos en todos los ámbitos provenientes de la pandemia. Solicita así se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se conceda el amparo decretado.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Tribunal es competente para conocer la presente impugnación de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, amén que la decisión de primera instancia fue emitida por el juzgado con categoría de circuito.

2. Problemas jurídicos:

Corresponde a la colegiatura determinar:

2.1 Si la acción de tutela presentada por MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos.

2.2 Si es aplicable el artículo 6 de la Ley 1960/19 a la Convocatoria 433 ICBF.

2.3. Si la CNSC y el ICBF vulneraron los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso, igualdad y acceso a empleos públicos al usar el código OPEC para dar aplicación a la expresión *“cargos equivalentes no convocados”* contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019”.

2.2. Cuestión previa

Esta Colegiatura, en asuntos de similar contenido fáctico y jurídico al presente, había reiterado⁷ el que era hasta este momento su criterio en torno de los problemas jurídicos planteados; empero, como se precisará más adelante, la esencia de la solución variará de conformidad con el conocimiento que se ha tenido en días pasados, a partir de la información que ofreció el ICBF, de la expedición de la sentencia T-340 de agosto 21/2020 emitida por la máxima autoridad del control constitucional patrio.

3. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela ante la existencia de mecanismos de defensa judicial pertinentes⁸.

⁷ La Sala reitera, se anunciaba, desde este tópico y a lo largo de esta parte considerativa, todos los argumentos fácticos y jurídicos, que por ser de identidad casi plena con los sustentos de ese orden que aquí se examinan ameritan idéntica solución, la determinación adoptada en el Rad. 54-518-31-12-002 2020-00033-01 de fecha 30 de junio de 2020, M. P. NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS, reiterada en el Rad. 54-518-31-87-001-2020-00075-01, adiada en septiembre 18/2020, mismo ponente; en ambos eventos los entes accionados son los mismos y las partes demandantes, quienes como aquí, aspiraron al concurso del que dan cuenta los 3 diligenciamientos.

⁸ T-798 de 2013

La Constitución Política dispone, reitera esta Corporación, en su artículo 86 (desarrollado por el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991) que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no se cuente con alguna otra vía judicial de protección o, cuando existiendo ésta, se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela no se ha constituido como una instancia para decidir conflictos de rango legal, puesto que para abordar temas de este orden la misma Constitución ha contemplado, en su título VIII, la existencia de jurisdicciones distintas a la constitucional, las cuales deben someterse a los dictados de la ley y la Constitución y, estando los derechos fundamentales en el medio, corresponde a todos los jueces de las diferentes jurisdicciones velar porque los derechos fundamentales sean respetados dentro y como resultado de los procesos judiciales⁹.

Así las cosas, debe considerarse que los procedimientos ordinarios cuentan con los elementos procesales adecuados para resolver las controversias de derechos, garantizando la efectividad de las prerrogativas fundamentales. Por ello, la tutela no puede ser empleada como un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimada como un último recurso¹⁰.

No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha contemplado dos excepciones que hacen procedente la acción de tutela. La primera, consiste en que el medio o recurso legal existente para obtener el amparo no sea eficaz e idóneo y, la segunda, que la tutela se invoque como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción: el medio con que cuenta el ciudadano debe ser idóneo y eficaz¹¹. La idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho¹². Así mismo, la eficacia tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado¹³.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso, estudiando aspectos tales como si la utilización del medio o recurso de defensa

⁹ Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-367/08, C-590/05, y T-803/02.

¹⁰ Así lo estableció la Corte desde la sentencia C-543/92.

¹¹ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-211/09, T-580/06, T-068/06, T-972/05 y SU-961/99.

¹² Ver sentencias T-211/09, T-001/07, T-580/06, T-760/05, T-822/02 y T-003/92.

¹³ Ver, entre otras, las sentencias T-858/10, T-160/10, T-211/09, T-514/08, T-021/05, T-1121/03 y T-425/01.

judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela¹⁴; el tiempo que tarda en resolverse la controversia en la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite¹⁵, la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales¹⁶; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance¹⁷; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una especial consideración de su situación¹⁸, entre otras.

En relación a la segunda situación excepcional, ha dicho la Corte Constitucional que puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando quien hace esta solicitud demuestra que la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado¹⁹.

La misma Corporación ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, el accionante demuestre que: (i) El perjuicio es *cierto e inminente*. Es decir, que “*su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas*”²⁰, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es *grave*, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Y que se requiera de la adopción de medidas *urgentes e impostergables*, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño sería inevitable²¹.

Solo cuando concurren la totalidad de los mencionados elementos, se hace manifiesta la necesidad de desplazar el medio ordinario de defensa, y amparar los derechos fundamentales vulnerados, hasta tanto el afectado inicie la acción correspondiente y, habiéndolo hecho, esta sea resuelta de fondo por la jurisdicción respectiva.

¹⁴ Ver sentencias T-068/06, T-822/02, T-384/98, y T-414/92.

¹⁵ Ver sentencias T-864/07, T-123/07, T-979/06 y T-778/05.

¹⁶ Ver sentencias T-809/09, T-843/06, T-966/05, T-436/08, T-816/10, T-417/10,

¹⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-512/99 y T-039/96.

¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-656/06, T-435/06, T-768/05, T-651/04, y T-1012/03, T-329/96, T-573/97, T-654/98 y T-289/03.

¹⁹ Ver sentencias T-043/07, T-1068/00 y T-278/95.

²⁰ T-456/04

²¹ Al respecto existen numerosas providencias. Ver, entre otras, las sentencias T-080/09, T-076/09, T-892/08, T-595/08.

4. La acción de tutela para controvertir actos y hechos de la administración que reglamentan un concurso de méritos²²

La Corte Constitucional ha establecido, alrededor del principio de subsidiariedad, reglas generales respecto de la viabilidad de las acciones de tutela que, de conformidad con lo estipulado en el numeral 5° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no cabe para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.

Lo anterior, está sujeto a la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela de tal manera que, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo debe, en primer lugar, acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa para exponer las inconformidades presentadas frente a las decisiones generales y particulares adoptada en materia de concurso de méritos.

No obstante, la misma Corte ha señalado que, existen al menos, dos excepciones a la regla de carácter general y es (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran²³ o porque la cuestión debatida sea eminentemente constitucional²⁴ y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable²⁵.

En conclusión, la Corte Constitucional ha señalado que frente a los actos administrativos acusados de transgredir derechos, salvo las excepciones ya precisadas, la ley previó los medios idóneos ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener su protección, por la vía simple de nulidad o la nulidad o restablecimiento del derecho²⁶.

Para los propósitos del presente evento y en dirección a decantar la viabilidad excepcional del amparo constitucional, no obstante tratarse en esencia de un concurso de méritos, en vía opuesta a la señalada en el fallo impugnado, se trae el siguiente extracto de la jurisprudencia constitucional y en el que, tal cual se indicó en los precedentes horizontales que aquí se reiteran, se trató un caso fácticamente

²² T-798 de 2013

²³ Ver Sentencia T-046 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁴ Ver, entre otras, sentencia T-045 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁵ Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranja Mesa. De conformidad con lo estipulado en esta sentencia, el perjuicio irremediable se caracteriza por: "(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) pro que las medidas que se requieran para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad".

²⁶ Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

similar “consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas convocadas (2), quien aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas”:

“(…) De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos. (...).

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sin además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política (...)”²⁷.

Agréguese a ello que en el fallo T-340/2020, en lo que a este tópico concierne, la Corte Constitucional consideró que el amparo constitucional sí devenía viable como mecanismo procesal idóneo; al respecto indicó, en lo pertinente:

“(…) Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos ... en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen: (...)”.

5. Procedibilidad de la acción de tutela

5.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad el señor MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA actúa en nombre propio y en defensa de sus derechos e intereses, por lo que se encuentra legitimada para presentar el mecanismo de amparo.

5.2 Legitimación pasiva

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-112 A/14. Resáltese igualmente que conforme al artículo 9 de la Ley 393/97, inciso 1, la acción de cumplimiento es un mecanismo subsidiario a la tutela, razón por la cual no deviene viable la remisión a la misma como mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales alegados por la accionante.

La CNSC y ICBF de conformidad con lo estipulado por el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 están legitimadas como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que se les atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

5.3. Inmediatez.

También en reiteración en este aspecto, de lo advertido en los pronunciamientos de esta misma Corporación, es claro que se cumple con este presupuesto por cuanto *“habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.*

Además, se acreditó la existencia de la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020, “Por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID-19”²⁸, la cual dispuso “Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020” (artículo primero) e “Interrumpir los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil; en consecuencia, las dependencias deberán adoptar las medidas necesarias en las actuaciones que se encuentren en curso y en las que se computen términos para dar cumplimiento a lo dispuesto” (artículo primero), siendo notable que este acto administrativo ordenó “Suspender la atención al público de manera presencial a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020; no obstante, el Grupo de Atención a PQR y Orientación al Ciudadano continuará atendiendo los canales previstos en los horarios establecidos, como el chat, correo electrónico, atención telefónica y ventanilla única, a través de la página web de la Comisión” (artículo quinto).

La vigencia de este acto administrativo fue prorrogada inicialmente hasta el 26 de abril (Resolución 5265 del 13 de abril de 2020)²⁹ y luego hasta el 11 de mayo (Resolución 5804 del 24 de abril de 2020)³⁰.

El hecho que tales actos administrativos efectivamente hayan extendido la vigencia de la lista de elegibles fue descartada por la CNSC, pues según ésta, su decisión de 27 de mayo de 2020 concluyó

²⁸ Folios 246 y 247.

²⁹ Folios 248 y 249.

³⁰ Folios 250 y 251.

que “la Declaratoria de Emergencia Nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles. Por cuanto, tal como se explicó en líneas precedentes, la disposición aplicable al Decreto 491 de 2020, habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de una lista de elegibles en firme, y en ese sentido los efectos de la vigencia de éstas continuaron intactos, permitiendo hacer uso de éstas”³¹. (...).

A juicio de la Corporación, este estado de cosas que se puede calificar sin ambages como calamitoso, justifica satisfactoriamente que la acción de tutela haya sido radicada el 28 de julio de 2020, dentro de los seis meses siguientes de producción del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, pero en todo caso, en la vigencia inicial de la lista de elegibles.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obran en la actuación respuestas a derechos de petición radicados por la Accionante, a saber, de la CNSC de 3 de abril de 2020³² y del ICBF de 5 de marzo de 2020³³ que acreditan la realización de acciones positivas tendientes a recaudar información sobre su derecho (...).”

Se cumple entonces también con este presupuesto, pues aún cuando desde la emisión del criterio unificado de enero 16/2020 a la fecha de presentación de la demanda, agosto 21 siguiente, transcurrieron 7 meses y 1 días, resulta indispensable considerar esas otras circunstancias a las que se hizo mención en los precedentes horizontales rememorados, entre otros, el derecho de petición que presenta el actor en mayo 7/2020 y las especiales condiciones emanadas de la crisis sanitaria con ocasión del Covid 19, siendo claro que la solicitud de amparo se presentó en vigencia de la lista de elegibles.

6. Caso concreto

El señor MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA acudió al ejercicio de la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, y acceso a empleos públicos vulnerados por las entidades accionadas, al no efectuar todos los trámites necesarios para su nombramiento en aplicación a la Ley 1960 de 2019 en uno de los cargos que se crearon con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 del ICBF, solicitando en consecuencia se les ordene a los entes accionados la aplicación inmediata de los artículos 6 y 7 de la citada ley con el fin de agotar la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas que actualmente existen en el empleo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11.

³¹ Folio 550.

³² Folio 199 y ss.

³³ Folio 201 y ss.

Está probado en el proceso que el accionante se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11 OPEC No. 39458, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 2 en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC-20182230040585 del 26 de abril de 2018, para proveer una vacante. El ICBF procedió a nombrar a quien ostentaba el primer lugar, quedando el accionante con una mera expectativa de ser nombrado en dicho cargo.

La CNSC revocó el artículo cuarto de la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 que permitía que el accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019³⁴ que derogó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, y que dispone:

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

Así las cosas no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encajaría plenamente en la del actor (de encuadrarse dentro de los presupuestos indicados por la jurisprudencia constitucional de reciente data) y que haría aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte, vigente³⁵.

En tanto la CNSC el 1 de agosto de 2019, emitió criterio unificado “*Lista de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*”, señalando:

“En consecuencia el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles cubrirán también las vacantes definitivas de cargos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada”.

Posteriormente el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó un nuevo criterio sobre “*Uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, en el que se expresó:

“Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (lista de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de

³⁴ Dentro de los precisos confines trazados por la sentencia T-340/2020 que se viene examinando.

³⁵ Aspecto frente al que no se profundizará, pues como se indicará luego, aún si se admite esa vigencia, la solución del caso tendrá otra perspectiva con base en el precedente de la jurisprudencia constitucional que se viene examinando.

2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

*De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad el 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 el mismo grupo de aspirantes: criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC. (...)*

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, “Listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, junto con su aclaración”.

El ICBF al responder la demanda resalta que para dar cumplimiento al uso de listas de elegibles en el contexto de la pluricitada Ley 1960, ha utilizado el criterio unificado que expidió la CNSC del 16 de enero de 2020 y a la fecha ha adelantado acciones de verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el mismo, a saber, igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y en especial la ubicación geográfica: se validaron las 1.196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016, evidenciándose que para el ofertado dentro de esa convocatoria para la cual participó el accionante y hace parte de la lista de elegibles, existe viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado por la CNSC.

Se resalta entonces que la Ley 1960 de 2019 permite que las listas de elegibles se usen para cubrir vacantes que se presentaron con posterioridad al concurso inicial; en ese sentido es necesario determinar si es factible su aplicación en la convocatoria 433; en las oportunidades anteriores a que se ha venido haciendo referencia, proferidas por esta Colegiatura en asuntos de idénticos contornos de hecho y derecho, se señaló lo siguiente:

“(…) 12.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien en su Criterio Unificador de enero de 2020 mencionó que en virtud del “principio” de ultraactividad de la ley 909, la convocatoria ICBF 433 continuara rigiéndose por las normas vigentes al momento de su aprobación (si bien ello no fue consignado en el norte jurídico consolidado en tal instrumento) .

Para el efecto, trajo a colación la sentencia C 763 de la Corte Constitucional que en el extracto íntegro señala:

La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio “Tempus regit actus”, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

13.- Ahora, es la ultraactividad una de las formas como el derecho lidia con el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo, siendo el de la aplicación inmediata otra de ellas, al cual apeló tácitamente un homólogo de esta Corporación para afirmar que la Ley 1960 gobierna el actual estado de la convocatoria de marras³⁶:

TRANSITO DE LEGISLACION-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso

Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

(...)

LEY PROCESAL-Transito y efectos/PROCESO-Situación jurídica en curso/LEY PROCESAL-Transito frente a situación jurídica en curso

Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme³⁷.

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes “que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”, y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles “y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”, siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 “Etapas del proceso de selección o concurso” por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles petrifica el concurso inmovilizándolo, y al contrario, éste ingresa en su periodo de mayor dinamismo, pues la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, desplegando efectos jurídicos.

Al no haber habido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.”

Y también destacó en esa dirección:

³⁶ “Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ya fue convocada y superó el concurso de méritos”. Radicado 7600 13333 02120 19000 23401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 18 de noviembre de 2019.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C 619 de 2001.

“(…) 7.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entrecruzarse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

*La carrera es considerada un **principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: (i) El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional³⁸.*

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un “Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público”, y añadió:

Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

8.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

9.- Si bien la ratio decidendi de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizadas para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados³⁹, tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso”:

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

No cabe duda entonces que la ley en mención podría eventualmente aplicable (se precisa nuevamente, dentro del contexto del fallo T-340/2020) en principio a la situación del accionante⁴⁰, pues en ella se habilitó la utilización de la lista de elegibles para cargos que se creen con posterioridad a la convocatoria donde inicialmente se ofertaron, en esa medida, al ocupar este un puesto en la lista de elegibles vigente; y al generarse con posterioridad las vacantes definitivas para el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, igual al empleo para el cual concursó, es factible que las mismas puedan ser provistas por el sistema de mérito (aplicando, no sobra reiterarlo, el criterio unificado de enero 16/2020 de la CNSC, conforme se advierte desde este fallo por esta Colegiatura, tal cual se indicará más adelante).

En lo concerniente con el tema de la aplicación de la Ley 1960/19 en el tiempo, esto dijo la Corte Constitucional en el fallo en cita:

“(...) 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,

³⁹ “Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que, durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso”

⁴⁰ Con las precisiones que al respecto se introducen con ocasión del fallo de tutela de marras.

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. (...)” (Resalta la Sala).

La anterior interpretación, dijo esta Corporación en los casos anteriormente resueltos, y aquí se reitera en cuanto no altera en modo alguno, y por el contrario consueña por ese aspecto con la sentencia que se examina de la Corte Constitucional, encuentra respaldo en el artículo 125 Superior que reza:

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

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

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

Ahora bien, se decía también por este Tribunal que desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que *“... el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo, el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado”⁴¹.*

Y se agregó que *“En esa oportunidad señalada, continúa esta Sala diciendo”⁴²:*

“14.- O sea, si se considerase que existe un dilema sobre cuál de los dos criterios definiría la aplicabilidad de la ley 1960 en la convocatoria 433, si el de su efecto general inmediato o el de ultraactividad de sus predecesoras, considerando que éste implicaría la contracción del sistema de carrera (pues excluye el universo de cargos no OPEC), esta Corporación tiene que optar imperativamente por el del efecto general inmediato, no sólo porque se amolda mejor al trámite de una convocatoria, que es un proceso en sentido lato (segmentable, sucesivo, preclusivo y con efectos diferenciados para cada una de sus

⁴¹ T-180 de 2015

⁴² En exposición que se recogerá a partir de esta decisión, por lo que se indicará párrafos adelante, en tanto la excepción de inconstitucionalidad que se declaró de cara al criterio unificado de enero 16/2020, de la CNSC, será revaluada por la Colegiatura.

fases⁴³), sino primordialmente porque sirve mejor a la plenificación de los “requisitos y finalidades”⁴⁴ del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

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

15.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de “cargo equivalente no convocado” señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera.

La OPEC está integrada por la “información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer”⁴⁵.

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC, haciendo énfasis en la ubicación territorial del cargo:

La OPEC, según definición de la CNSC es el “listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal”. Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria, y con respecto a la OPEC 38694 se estableció que correspondía a una vacante en la Regional Norte de Santander- Pamplona, tal y como se informó en el momento de la convocatoria

Al punto, resulta evidente que uno de los factores para tener en cuenta para los ciudadanos que se inscriben una convocatoria, es el número de vacantes que se ofrecen y su ubicación, las cuales se determinan de manera precisa en la OPEC. En un establecimiento del orden nacional como el ICBF que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó en la respectiva para la Regional Norte de Santander- Pamplona aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto⁴⁶.

⁴³ “Se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. Corte Constitucional, sentencia T 604 de 2013.

⁴⁴ “La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”. Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.

⁴⁵ <https://grupoguard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/>

⁴⁶ Folio 86.

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

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

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

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

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

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

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

Además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica “Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”⁴⁷, teniendo por “igual” “que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos” y “muy parecido o semejante”⁴⁸, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

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

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que a éste alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría

⁴⁷ <https://dle.rae.es/equivalencia>

⁴⁸ <https://dle.rae.es/igual?m=form>. Negrilla fuera de texto.

utilizado la existente definición de “empleo equivalente” del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad⁴⁹ consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el “criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”.

16.- En cuanto al argumento de inaplicabilidad de la Ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF por no haberse “estructurado considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para proveer las vacantes”, debe recordarse que las Resoluciones que consignaron las listas de elegibles de esa convocatoria ya contemplaban tal posibilidad, aunque hubiesen sido revocadas masivamente por medio de la Resolución 20182230156785 de 22 de noviembre de 2018.

Adicionalmente, de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional había introducido la reedición de las listas de elegibles:

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo⁵⁰.

De esa manera, en la Resolución 0595 de 2018 no sólo se contempló expresamente que las listas de elegibles servirían para proveer empleos equivalentes para la convocatoria 433, sino que, tal cual lo señala la jurisprudencia citada, tal utilidad está implícita en el concurso de méritos, por lo que nada obsta para que así pueda ser ordenado.

17.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión inter comunis (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impone los siguientes requisitos:

No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos inter comunis, pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos inter partes, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos inter comunis, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.

⁴⁹ “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:

*“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, **siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***

*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales **los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.**”⁵¹*

**Negrilla fuera de texto.*

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en “condiciones comunes” con la Accionante”, puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

El ICBF planteó en su contestación a la acción que hay una “inescindibilidad de la Ley 1960 y concurso de ascenso”, la cual “debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de ascenso respecto al 30% de las vacantes proceso que deberá regular la CNSC y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de la lista de elegibles vigentes respecto del 70% de esas vacantes”.

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que “surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”, mientras que la provisión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

*Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.*

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016 no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afectan los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

⁵¹ Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad inter comunis, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito.

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las “condiciones comunes” que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurrió con Ella.

En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto inter partes.

18.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Tales mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019 y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso. (...)

Al respecto se concreta en la sentencia T-340/2020:

*(...) 3.6.4. 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.”....*

*3.6.5. 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.** (...). (Resaltos ajenos al texto original).*

Y agregó:

*(...) Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir **que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo**, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, **de conformidad con lo dispuesto en la referida ley**. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.*

*De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “**mismos empleos**”. En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130). (...).” (Resaltos ajenos al texto original).*

Validada como queda entonces la aplicabilidad de la Ley 1960/19, con retrospectividad, en la forma que se ha dejado advertida, ningún condicionamiento desde la óptica constitucional encontró la Alta Corporación para la utilización, en esa vía, del criterio unificado de enero 16/2020 expedido por la CNSC, derivándose por ende, contrario sensu, que el mismo se entiende ajustado a las disposiciones que lo regulan, circunstancia que impone la variación del precedente horizontal que por ese aspecto había elaborado esta Sala, soportado como ya se dijo en la declaración de la excepción de inconstitucionalidad del precitado acto administrativo, el cual entonces será el norte a considerar en vía opuesta a la que se traía, para que las entidades accionadas resuelvan la situación del actor.

Adicionalmente, dígase que es el propio actor quien informa que no es esta la primera y única ocasión en que él plantea en sede constitucional su caso, y al parecer ha sido objeto de pronunciamientos en otros despachos judiciales en la forma que lo indica; razón por la cual las determinaciones que se hayan podido adoptar en otros escenarios judiciales de cara a la situación que invoca, producirán los efectos a que están llamadas y en el presente se descarta que las accionadas le hayan vulnerado los derechos que reclama, confrontados desde la consideración de que el criterio unificado de enero 16/2020 no deviene inconstitucional como se venía considerando por esta Sala.

Así las cosas, se confirmará el fallo impugnado, pero por las razones que se dejan expuestas.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Única de Decisión del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado por el accionante, proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Oralidad de esta ciudad el 2 de septiembre de 2020, conforme a lo precisado *ut supra*.

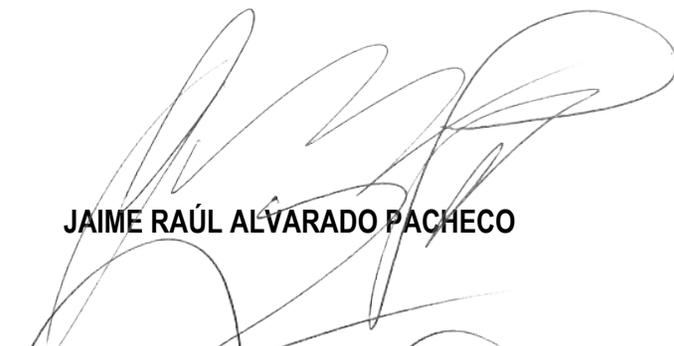
SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ORDENAR a las accionadas, publicar en la página web de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

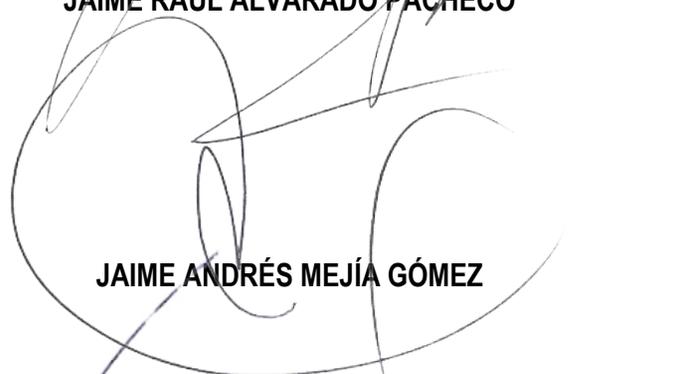
CUARTO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el reglamento expedido para ese efecto por el Consejo Superior de la Judicatura.

La presente decisión fue objeto de revisión, discusión y aprobación vía virtual por parte de los integrantes de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

JAIME RAUL ALVARADO PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 3 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fb1af6bf1bf091ccfa8057ef62823365d5febbc55fcf630b2ea67645272d574**

Documento generado en 07/10/2020 12:26:01 p.m.