



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

Pamplona, septiembre veintidós (22) de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado en Acta No. 056

Radicado: 54-518-31-84-002 2020-00066-01
Accionante: NANCY SOCORRO VEGA ABREO
Accionados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF

I. ASUNTO

Decide la Sala la IMPUGNACIÓN interpuesta por la accionante contra la SENTENCIA proferida el 11 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de este Distrito, en la acción de tutela de la referencia.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Hechos¹

Sostiene la demandante que:

1.1.- 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).

¹ Folios 3-6 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

1.2 Se inscribió en la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, destinada a proveer plazas ofertadas en concurso para el cargo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 08, de la OPEC 39809.

1.3 El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017, *“por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de carácter permanente del ICBF”*, creando 591 cargos de carácter permanente, dentro de los cuales se encuentra el de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, adicionalmente el acto administrativo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 9ª de 2004.

1.4 Por Resolución No. 20182230072005 del 17 de julio de 2018, la CNSC conformó la lista de elegibles, ocupando el puesto 15, cobrando firmeza el 30 de julio de 2018.

1.5 Por Resolución No. 201822300720005 del 26 de julio de 2018, el ICBF nombró en período de prueba a quienes habían quedado en los primeros 4 lugares de dicha lista de elegibles.

1.6 Por Resolución No. CNSC-20182230156785, del 22 de noviembre de 2018, la CNSC revocó el artículo 4º inserto en los actos administrativos que contienen las listas de elegibles publicadas o dadas a conocer con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016, disposición que señalaba lo siguiente *“ARTÍCULO CUARTO. Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante la vigencia en los mismos empleos convocados”*. Y con base en esa decisión, el ICBF omitió su obligación y por ende se abstuvo de nombrarla de la lista de elegibles, en la cual se encuentra con opción de nombramiento en el puesto número 15.

1.7 El día 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 de 2019 *“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 11567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* en cuyo artículo 6 se consignó: *“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.”*

1.8 El 1 de agosto siguiente, la CNSC emitió un “*Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019*” en la 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.

1.9 El 8 de julio de 2020 elevó un derecho de petición ante la Dirección de Gestión Humana del ICBF, solicitando que conforme a la lista de elegibles se ordenara su nombramiento en el cargo para el cual había concursado conforme a la Resolución No. 20182230072005 del 17 de julio de 2018 proferida por la CNSC, y hasta la fecha no se le ha dado respuesta y menos se ha efectuado el nombramiento solicitado.

2. Pretensiones²

Solicita se tutelen los derechos fundamentales que considera vulnerados por los accionados al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y como consecuencia se ordene:

“(...) a la CNSC que oferte, elabore y remita la lista de los Cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 08, creados mediante el Decreto 1479 de 2017, con destino a la planta de personal del ICBF.

“(...) Ordenar al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, realizar el nombramiento en período de prueba de NANCY S. VEGA ABREO, (...) en el cargo Profesional Universitario Código 2044, Grado 08.”

III. ACTUACIÓN PROCESAL EN LO RELEVANTE

1. Admisión

El 30 de julio 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 el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8 y a quienes conforman la lista de elegibles de dicho cargo OPEC 39809 y tengan interés en el asunto, solicitando a las entidades accionadas publicar en la página web-sitio oficial el contenido del auto admisorio y la solicitud; ordenó notificar y correr traslado

² Folio 7 ibídem

³ Folios 30-33 ibídem

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 de acuerdo a las pretensiones de la accionante esta acción carece de los requisitos constitucionales y legales para su viabilidad, pues frente a la conformación de listas de elegibles contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso no es excepcional, y el cuestionamiento que hace recae sobre las normas contenidas en el acuerdo y para su controversia como acto administrativo cuenta con un mecanismo de defensa idóneo, por lo que la tutela no es la vía idónea para el efecto.

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 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 aquella 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”*, pues 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”*.

Refiere que consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, la CNSC conformó la lista de elegibles mediante Resolución No. CNSC-20182230072005 del 17 de julio de 2018, para proveer cuatro (4) vacantes del empleo de marras donde la aquí accionante ocupó la posición 15, es decir, no ocupa posición meritoria para ser nombrada en ningún cargo, amén que conforme al artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF el 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 cada OPEC en estricto orden de mérito.

⁴ Folios 88-137 ibídem

Agrega que para el empleo en mención se ofertaron 4 vacantes y que los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon las primeras 4 posiciones en la lista de elegibles, mientras que la accionante ocupó la posición 15 por lo que no era posible su nombramiento.

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 inferir 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”*, por lo que la accionante se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

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 906 de 2004.

Subraya que el 27 de junio de 2019 el Gobierno Nacional expidió la Ley 1960 por la cual se modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 157 de 1998 y se dictaron otras disposiciones, y acatando lo

dispuesto la CNSC el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado *“uso de listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la oferta pública de empleos de carrera –OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”.*

La CNSC procedió a consultar el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad –SIMO (aplicativo dispuesto para el reporte de vacantes), se constató que durante la vigencia de la lista el ICBF reportó 2 vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 que cumplieron con el criterio de mismos empleos, razón por la cual la CNSC procedió a emitir comunicación mediante el cual se autorizó el uso de la lista de elegibles para la aspirante ubicada en las posiciones 5 y 6.

Refiere igualmente que el uso de las listas de elegibles para empleos equivalentes y de conformidad con el criterio unificado en cita, la provisión de dichas vacantes únicamente será aplicable a las listas expedidas producto de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y toda vez que el acuerdo de convocatoria fue aprobado antes 27 de junio de 2019, no resulta viable utilizar las listas de elegibles vigentes para proveer empleos equivalentes no convocados.

Aclara que la actora se encontraba sujeta no solo a la vigencia, *“sino al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que pudiera ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, no sin antes mencionar que en la aludida lista existen ocho (8) elegibles con mejor derecho que la accionante, por lo cual en el caso de que se hubiese generado una nueva vacante durante la vigencia de la lista, previo a proveerla con la accionante habría de agotarse la posición con mejor derecho”.*

Concluye que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles por encontrarse sin vigencia el acto administrativo mediante el que se conformó, y por no encontrarse vacante que pueda ser provista de acuerdo con lo reportado por 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 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 el 01 de agosto de 2018, conformada para proveer 4 vacantes y en dicha lista la accionante ocupó la posición número 15; la accionante 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 6° 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 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 la accionante exige su nombramiento en un cargo para el que es procedente solicitar el uso de la lista de elegibles lo cual ya se llevó a cabo ante la CNSC, sin embargo aclara que dicha solicitud se realizó para proveer 2 vacantes que surgieron con posterioridad a la convocatoria y que la accionante se encuentra en la posición número 15, por lo que existen por lo menos 9 personas con mejor derecho toda vez que los nombramientos se hacen en estricto orden de mérito; la CNSC, mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, Convocatoria No. 433 de 2016.

Indica que para el caso concreto, a través de la OPEC 39809 se ofertaron 4 vacantes del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8 cuya ubicación geográfica era la Regional Bogotá y la lista de elegibles prevista para proveer cuatro vacantes, publicada por la CNSC

⁵ Folios 138-198 ibídem

mediante Resolución No. 20182230072005 del 17 de julio de 2018, estaba conformada por 35 personas, dentro de las cuales la accionante ocupó la posición 15 y una vez en firme dicha lista el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de las personas que ocuparon los primeros 4 lugares 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 de los participantes que ocuparon los primeros cuatro lugares.

Destaca que la accionante 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 la accionante 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”*.

Señala que para el uso de la lista de elegibles conforme a ese criterio unificado, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los parámetros de *“igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC, señalados por la CNSC.”*

Dice que las condiciones de la verificación de la planta global del ICBF y la validación de las listas de elegibles, permiten concluir que *“la lista de elegibles en que se encuentra la actora no puede ser utilizada para cubrir empleos diferentes a los convocados por falta de vacantes equivalentes”*; solicita se declare improcedente frente al ICBF la acción de tutela interpuesta por la aquí accionante 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

Mediante sentencia del 11 de agosto de 2020⁶ el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esta competencia resolvió declarar improcedente el amparo constitucional invocado por la demandante respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos, argumentando las siguientes razones:

Se cumplen a cabalidad los requisitos en la tutela en cuanto a la legitimación activa y pasiva; en cuanto a la inmediatez, si lo que busca la accionante es que se profiera la lista de elegibles y se nombre, vigente al promoverla, con opción aún de hacer parte de la conformada ante el surgimiento de una vacante definitiva y de carrera posterior a los cuatro cargos convocados y nombrados, es razonable que el ejercicio de la acción lo fue en tiempo oportuno, *“más no si lo que se pretende es que se elabore la lista una vez agotada la de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo o se consolide la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, etc., artículo 4 de la Resolución No. CNSC-20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, un poco más de un año y medio, que sobrepasa el término razonable para instaurarla, si es como lo afirma en la relación de hechos; No. 7, se omitió la obligación de nombrarla de la lista de elegibles por la revocatoria antes referenciada y con fecha noviembre de 2018 y el Decreto 1749 de 2017 que suprime la planta de Personal.”*

La inconformidad surge por los actos administrativos posteriores al concurso, cuando estaba la lista de elegibles en firme; la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y si se cuestiona la legalidad de los actos administrativos que regulan los nombramientos existentes con posterioridad a los de los cargos convocados, se cuenta con los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la inconformidad respecto a su nombramiento, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Además, no refiere por qué considera que debe concretarse su nombramiento en cuanto que contrario a lo manifestado por los accionados, se hayan nombrado a personas de la lista de elegibles en tanto que es un acto administrativo concreto y particular en firme, a quien o quienes obtuvieron la posición por encima de la número 15; se han nombrado dos, el 5 y el 6 y aún restan 8 para que pudiera optar la accionante; hacer parte de una lista de elegibles si no se ocuparon las posiciones según el número de cargos ofertados, solo es una expectativa no un derecho adquirido.

⁶ Folios 200-211 ibídem

No manifiesta la accionante que sea el amparo solicitado para evitar un perjuicio irremediable, que se infiera cuál es el daño o perjuicio moral o material injustificado que resulte irreparable, de tal magnitud que no puede ser reparado en su integridad, que debe ser inminente, urgente y preciso para que con las medidas que deban tomarse evite un perjuicio ante la posibilidad de un daño grave, ni que sea la accionante una persona de especial protección constitucional que amerite un estudio de fondo sobre los hechos que sustentan la acción de tutela, por lo que debe declararse improcedente.

Referente al derecho de petición que dice la accionante elevó y que a la fecha en que se interpuso la acción no había obtenido respuesta, el 31 de julio de 2020 la Dirección de Gestión Humana Grupo Registro y Control del ICBF emite la respuesta, por lo que está superado cualquier afectación al mismo, disponiendo no protegerse por tratarse de un hecho superado y ordenó enviar copia al correo electrónico de la accionante, si no conoce su contenido.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo proferido en primera instancia, la accionante impugnó la decisión con fundamento en los siguientes argumentos:⁷

Las accionadas no respondieron en su totalidad los requerimientos efectuados por la juez de primera instancia, motivo por el cual la misma no tuvo la suficiente claridad para así haber concedido el amparo sobre los derechos reclamados; por el contrario tomó decisiones contrarias a derecho, las que deben ser corregidas en el trámite de impugnación.

Ninguna de las entidades hizo mención a los trascendentales efectos dentro del asunto de tutela, surgidos con el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 *“por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones”*, en el sentido de indicar al despacho las vacantes existentes al momento del requerimiento, de tal suerte, para la accionante, que el mencionado decreto en su artículo 2º dispuso la creación con carácter permanente de 49 cargos con la denominación de *“Profesional Universitario 2044 Grado 8”*.

Señala que conforme al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, que derogó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación que encaja plenamente en la demanda de tutela y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley vigente lista de elegibles y

⁷ Folios 246-249 ibídem

existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente al que ella participó y superó el concurso de méritos encontrando respaldo en el mandato constitucional contenido en el artículo 125 superior.

Debido a las respuestas dadas por las accionadas es que la *a quo* determina la improcedencia de esta acción y dentro de sus argumentos expresa poca claridad con respecto a las pretensiones contenidas en la demanda, llegando a concluir erradamente de que lo pretendido es atacar actos administrativos proferidos por las entidades accionadas; solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar sean amparados sus derechos fundamentales invocados y que considera vulnerados de manera flagrante por las entidades accionadas y en su lugar se ordene:

“1. (...) a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) que oferte, elabore y remita la lista de los cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 08, creados mediante el Decreto 1479 de 2017, con destino a la plata de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

2. (...) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), recibida la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), realizar el nombramiento en periodo de prueba de NANCY SOCORRO VEGA ABREO, (...) en el cargo Profesional Universitario Código 2044, Grado 08”.

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 jurídicos⁸:

Corresponde a la colegiatura determinar:

2.1 Si la acción de tutela presentada por NANCY SOCORRO VEGA ABREO cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos.

⁸ La Sala reitera 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.

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

2.3. Si la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-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”.

3. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela ante la existencia de mecanismos de defensa judicial pertinentes.⁹

La Constitución Política dispone, 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 judiciales¹⁰.

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 recurso¹¹.

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

⁹ T-798 de 2013

¹⁰ Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-367/08, C-590/05, y T-803/02.

¹¹ Así lo estableció la Corte desde la sentencia C-543/92.

que cuenta el ciudadano debe ser idóneo y eficaz¹². 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 derecho¹³. 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 vulnerado¹⁴.

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 judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela¹⁵; el tiempo que tarda en resolverse la controversia en la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite¹⁶, la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales¹⁷; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance¹⁸; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una especial consideración de su situación¹⁹, entre otras.

En relación a la segunda situación excepcional, ha dicho la Corte Constitucional que puede acudirse 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 afectado²⁰.

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*”²¹, 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

¹² Ver, entre muchas otras, las sentencias T-211/09, T-580/06, T-068/06, T-972/05 y SU-961/99.

¹³ Ver sentencias T-211/09, T-001/07, T-580/06, T-760/05, T-822/02 y T-003/92.

¹⁴ 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.

¹⁵ Ver sentencias T-068/06, T-822/02, T-384/98, y T-414/92.

¹⁶ Ver sentencias T-864/07, T-123/07, T-979/06 y T-778/05.

¹⁷ Ver sentencias T-809/09, T-843/06, T-966/05, T-436/08, T-816/10, T-417/10,

¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-512/99 y T-039/96.

¹⁹ 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.

²⁰ Ver sentencias T-043/07, T-1068/00 y T-278/95.

²¹ T-456/04

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 inevitable²².

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.

4. La acción de tutela para controvertir actos y hechos de la administración que reglamentan un concurso de méritos²³

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 vulneran²⁴ o porque la cuestión debatida sea eminentemente constitucional²⁵ y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable²⁶.

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

²² Al respecto existen numerosas providencias. Ver, entre otras, las sentencias T-080/09, T-076/09, T-892/08, T-595/08.

²³ T-798 de 2013

²⁴ Ver Sentencia T-046 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Ver, entre otras, sentencia T-045 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁶ 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 requieren 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".

jurisdicción contencioso administrativa para obtener su protección, por la vía simple de nulidad o la nulidad o restablecimiento del derecho²⁷.

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, 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 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 (…)²⁸”.

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 la señora NANCY SOCORRO VEGA ABREO 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 Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

²⁸ 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, y a pesar de que ningún interesado en hacerlo debatió en torno del mismo, 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”²⁹, 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)³⁰ y luego hasta el 11 de mayo (Resolución 5804 del 24 de abril de 2020)³¹.

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 que “la Declaratoria de Emergencia Nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles. Por

²⁹ Folios 246 y 247.

³⁰ Folios 248 y 249.

³¹ Folios 250 y 251.

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”³². (...).

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 2020³³ y del ICBF de 5 de marzo de 2020³⁴ 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, julio 30 siguiente, transcurrieron 6 meses y 14 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 la actora en julio 8/2020 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

La señora NANCY SOCORRO VEGA ABREO 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 08.

³² Folio 550.

³³ Folio 199 y ss.

³⁴ Folio 201 y ss.

Está probado en el proceso que la accionante se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 08 OPEC No. 39809, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 15 en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC-20182230072005 del 17 de julio de 2018, para proveer una vacante. El ICBF procedió a nombrar a quienes ostentaban los cuatro primeros lugares, quedando la accionante con una mera expectativa de ser nombrada en dicho cargo.

La CNSC revocó el artículo cuarto de la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 que derogó el numeral 4° 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 encaja plenamente en la de la actora y que hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente.

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”*, señalando:

“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 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” entiéndase, 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 Ley 1960 del 27 de junio de 2019 expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, a la fecha ha adelantado acciones de verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en dicho criterio, 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 empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, OPEC 39809 ofertado dentro de esa convocatoria para la cual participó la accionante y hace parte de la lista de elegibles, existe viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado por la CNSC. En cuanto a los empleos de Profesional Universitario, Código 2044, creados mediante Decreto 1479 de 2017, manifiesta que dichas vacantes fueron creadas únicamente para *“los Roles de Calidad y Recaudo, por lo que, éstas presentan un propósito y funciones diferentes a lo ofertado para la OPEC 39809, para la cual participó la actora pues su perfil es Psicóloga”.*

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 marras³⁵:

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 firme³⁶.

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:

³⁵ “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

³⁶ 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 constitucional³⁷.*

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.

³⁷ 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 ofertados³⁸, 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 es aplicable a la situación de la accionante, 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 esta 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 08, igual al empleo para el cual concursó, es factible que las mismas puedan ser provistas por el sistema de mérito

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

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

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución 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 (...)”.

³⁸ “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”

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”³⁹.

En esa oportunidad señalada, continúa esta Sala diciendo:

“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 fases⁴⁰), sino primordialmente porque sirve mejor a la plenificación de los “requisitos y finalidades”⁴¹ del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

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

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

³⁹ T-180 de 2015

⁴⁰ “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.

⁴¹ “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.

alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer⁴².

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 asunto⁴³.

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.

⁴² <https://grupoguard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/>

⁴³ Folio 86.

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”⁴⁴, teniendo por “igual” “que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos” y “muy parecido o semejante”⁴⁵, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

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

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

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad⁴⁶ 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

⁴⁴ <https://dle.rae.es/equivalencia>

⁴⁵ <https://dle.rae.es/igual?m=form>. Negrilla fuera de texto.

⁴⁶ “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.

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 empleo⁴⁷.

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.

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.**”⁴⁸*

**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

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

⁴⁸ Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

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 2016100001376 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.

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 concurso 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. (...)

Así las cosas teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia ya mencionada y transcrita (y el otro precedente que la corroboró), esta Sala revocará el fallo de primera instancia y en consecuencia se ordenará que en el plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta decisión, el ICBF, verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, al que concursó NANCY SOCORRO VEGA ABREO, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la CNSC el uso de la lista de elegibles donde NANCY SOCORRO VEGA ABREO

ocupó el puesto 15, la CNSC informará dentro de los tres (3) días hábiles siguientes si la accionante cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF para tal uso. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres (3) días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de lista de elegibles en otros tres (3) días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres (3) días hábiles para informar a NANCY SOCORRO VEGA ABREO las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez (10) días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en período de prueba en un término de tres (3) días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días y para su cabal realización las accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.-

Dígase finalmente, en relación con la copiosa relación de fallos que el ICBF allega en soporte de su postura procesal, en la medida en que se indica que consueñan con la misma, que no constituyen precedente judicial vinculante para esta Colegiatura y reflejan la autonomía judicial sobre la que precisamente descansa esta y las decisiones anteriormente proferidas en la misma dirección.

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: REVOCAR el fallo impugnado por la accionante, proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esta ciudad el 11 de agosto de 2020, y en su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y acceso a cargos públicos, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional el “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”*”, expedido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020

TERCERO: ORDENAR que en el plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 08 al que concursó NANCY SOCORRO VEGA ABREO, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde NANCY SOCORRO VEGA ABREO ocupó el puesto 15.

La CNSC informará dentro de los tres (3) días hábiles siguientes si NANCY SOCORRO VEGA ABREO cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquél al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres (3) días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres (3) días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres (3) días hábiles para informar a NANCY SOCORRO VEGA ABREO las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez (10) días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en período de prueba en un término de tres (3) días y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

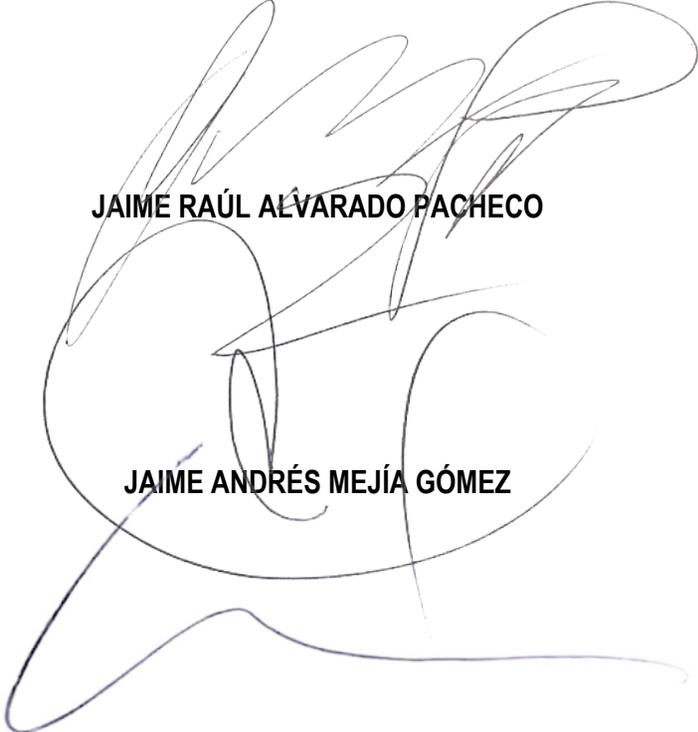
CUARTO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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:

de2bf10cebc161393985e698d26fdae973b7e202d27f73aa37c1535aebc0eb2e

Documento generado en 22/09/2020 02:31:03 p.m.