El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / CONCURSO DE MÉRITOS / LISTA DE ELEGIBLES / APLICACIÓN DE ÉSTA A CARGOS NO OFERTADOS EN LA RESPECTIVA CONVOCATORIA, PERO EQUIVALENTES / LEY 1960 DE 2019.**

Corresponde a la Sala resolver si la acción de amparo procede contra la decisión de las entidades accionadas de negar el agotamiento de la lista de elegibles con empleos no ofertados en la respectiva convocatoria. En caso positivo se analizará si con esa determinación dichas autoridades lesionaron los derechos fundamentales de las accionantes. (…)

Para definir la cuestión acudirá la Sala al precedente jurisprudencial que se ha referido a la controversia que ofrece el caso bajo estudio, concretamente la sentencia de la Corte Constitucional T-340 de 2020…

Como ya se ha dicho, las accionantes encuentran la lesión de sus derechos fundamentales en la decisión de las entidades accionadas de derogar la norma que establecía la posibilidad de extender la lista de elegibles más allá de los cargos ofertados en la respectiva convocatoria y de, en consecuencia, limitarla a esos empleos o a otros de idéntica categoría, a pesar de que la Ley 1960 de 2019 ordena que otras vacantes deben agotarse con dicha lista. (…)

… las entidades accionadas, en efecto, lesionaron los derechos al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos de las actoras pues en aplicación del tantas veces citado precedente jurisprudencial no podía limitar el alcance de la lista de elegibles a los cargos que dieron origen a la correspondiente convocatoria o con los empleos de idéntica categoría en que se generaran vacancia, por el contrario en cumplimiento del principio al mérito lo adecuado era que agotaran ese listado con empleos semejantes por los que concursó cada participante.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, noviembre veinticuatro (24) de dos mil veinte (2020)

Acta No. 498 del 24 de noviembre de 2020

Expediente No. 66001-31-03-004-2020-00159-01

Procede la Sala a resolver la impugnación que formularon las accionantes frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito local el 29 de septiembre pasado, en la acción de tutela que instauraron las señoras María del Carmen Vargas Cruz y Luz Elena Quintero Largo[[1]](#footnote-1) contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, a la que fueron vinculados los señores Doralba Gómez Muñoz, Adriana María Grisales Valencia, Patricia Parra Ospina, Gloria Clemencia Cárdenas Osorio, Doralba Pachón Ramos, Lilibeth Navarrete Esteban, María Elizabeth Sarmiento Jaimes, Sandra Milena Tovar Valencia, Andrea Díaz Morales, Carolina María Valenzuela Naranjo, María Virginia Quintero Londoño, Angélica María Uribe Castro, Juliana Del Carmen Cepeda Garzón, Martha Nelvy Roldan Olave, Arnoris Gómez Benavides y Gloria Inés Buitrago García.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relataron las demandantes los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 Mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, Convocatoria No 433 de 2016.

1.2 Se inscribieron para el empleo de profesional especializado sociología – trabajo social, grado 17, OPEC 38902, código 2028, ofertado para esta ciudad.

1.3 Con posterioridad a la publicación del citado Acuerdo No. 20161000001376 se expidió el Decreto 1479 de 2017, por medio del cual se suprimieron cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, se crearon empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF. En consecuencia, el Director General del ICBF profirió la Resolución 7746 del 5 de septiembre de 2017, mediante la que distribuyó los 3.737 cargos en la planta global del ICBF, dentro de las distintas divisiones departamentales.

1.4 Estos empleos no hicieron parte de aquellos ofertados en la mencionada convocatoria.

1.5 Superadas las etapas del concurso relativas a la inscripción, la verificación de requisitos mínimos y las pruebas, la CNSC, mediante Resolución No. 20182020065035 del 25 de junio de 2018, publicó listas de elegibles para proveer dos vacantes para el empleo OPEC 38902. En esta ocuparon respectivamente los puestos 9 y 13; en el artículo cuarto de ese acto administrativo se dispuso que una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría la lista general para ser usada en estricto orden de mérito con el fin de 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. También, que dichas listas serán destinadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.

1.6 El 22 de noviembre de 2018, la CNSC dictó la Resolución No. 20182230156785 por la cual revocó ese artículo cuarto de las listas de elegibles.

1.7 Esa misma entidad, por Resolución No. 20182230162005 declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016.

1.8 Con la expedición de aquel acto administrativo se impidió el uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes desiertas y en consecuencia, estas son ocupadas de manera provisional, en contradicción del principio del mérito para la acceder a cargos públicos.

1.9 El 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960, según la cual, con los resultados de las pruebas, la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

1.10 El 1° de agosto de 2019, esa Comisión aprobó y expidió criterio unificado “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017”, en que dispuso que las listas de elegibles expedidas y las que se profieran con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. Mientras que los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a esa fecha, serán regidos en todas sus etapas por la mencionada ley.

1.11 Ese Criterio Unificado fue objeto de debate, en sede de tutela, ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que mediante fallo del 18 de noviembre de 2019 concedió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, así como los de aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución No CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018 y se ordenó a la CNSC ofertar los 49 cargos, elaborar la lista de elegibles y en firme remitirla al ICBF para que nombre los aspirantes en estricto orden de mérito.

1.12 El 16 de enero de este año, la CNSC, aprobó el Criterio Unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019”, y determinó que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

1.13 Con ocasión a aquel fallo de tutela, el 24 de febrero y el 13 de marzo de este año, elevaron petición ante las entidades accionadas para obtener se adelantaran las gestiones administrativas tendientes a que se utilicen las listas de elegibles para la provisión de las vacantes creadas mediante el Decreto 1479 de 2017.

1.14 En respuesta, las demandadas informaron que lo cargos ofertados ya están provistos por las personas que ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles; las vacantes con un cargo igual o superior, serán provistas mediante la figura de encargo; la CNSC expediría listas generales; los partícipes de la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF no ostentan un derecho adquirido a acceder a un empleo público, sino una mera expectativade acceder a una vacante; se revocó el artículo 4º de todas las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, por lo cual la CNSC no conformará listas generales para provisión de vacantes; de surgir vacancias definitivas en los empleos ofertados por renuncia, muerte del titular del cargo entre otros, las vacantes deben ser provistas con los integrantes de las respectivas listas de elegibles, durante el termino de vigencia de las mismas; la provisión de las nuevas vacantes se hará teniendo en cuenta lo establecido por el Criterio Unificado de CNSC expedido el 16 de enero de 2020, “donde versa el concepto de MISMO EMPLEO (igual código, igual grado, igual perfil, igual propósito, iguales funciones, igual asignación básica mensual, igual ubicación geográfica e igual grupo de aspirantes)”; no será válido el uso de listas de elegibles para la provisión de vacantes mediante el concepto de empleo equivalente y la utilización de las listas debe darse antes del vencimiento de la vigencia de las mismas.

1.15 Según el artículo 63 del Acuerdo No 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016al darse el acto de nombramiento y posesión al cargo de parte de los elegibles, por recomposición de listas, ellas pasan a ocupar los puestos 7 y 11.

1.16 Hasta la fecha, las vacantes descritas no se han provistas mediante el uso de listas de elegibles expedidas por CNSC; estas pueden llegar a perder vigencia a causa de la falta de celeridad en el actuar por parte de las entidades accionadas, lo que les ocasionaría un perjuicio irremediable.

1.17 Citaron jurisprudencia relativa a la autorización el uso de la lista de elegibles para proveer cargos generales de la planta de personal, como ellas solicitan. En uno de los cuales se dice que el criterio de mismo empleo que pretende emplear las demandadas no es aplicable.

2. Consideran lesionados los derechos al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos. Para protegerlos solicitan se ordene: a) a la CNSC y al ICBF acatar el artículo 6º la Ley 1960 de 2019; b) 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”, del 6 de enero de 2020; c) al ICBF verificar en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia, de acuerdo a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, del cargo al cual concursaron; d) al ICBF solicitar a aquella Comisión el uso de las listas de elegibles para la provisión de las vacantes disponibles, según el orden de mérito; e) a la CNSC informar si los elegibles que forman parte de las listas de elegibles cumplen con los requisitos para el uso de las respectivas listas, dentro de los cargos que hayan sido identificados como equivalentes y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso; f) al ICBF expedir el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal y g) expedir las respectivas resoluciones de nombramiento en periodo de prueba y que toda esa actuación se desarrollen en un término no mayor a treinta días[[2]](#footnote-2).

**A C T U A C I Ó N P R O C E S A L**

1. Por auto del pasado 18 de septiembre se admitió la acción y se ordenó vincular los señores Doralba Gómez Muñoz, Adriana María Grisales Valencia, Patricia Parra Ospina, Gloria Clemencia Cárdenas Osorio, Doralba Pachón Ramos, Lilibeth Navarrete Esteban, María Elizabeth Sarmiento Jaimes, Sandra Milena Tovar Valencia, Andrea Díaz Morales, Carolina María Valenzuela Naranjo, María Virginia Quintero Londoño, Angélica María Uribe Castro, Juliana Del Carmen Cepeda Garzón, Martha Nelvy Roldan Olave, Arnoris Gómez Benavides y Gloria Inés Buitrago García, quienes conforman las listas de elegibles objeto del amparo.

2. En el curso de la primera instancia se produjeron los siguientes pronunciamientos:

2.1 El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF manifestó que: a) en este caso el amparo es improcedente por incumplir los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad; b) la lista de elegibles para proveer dos vacantes adquirió firmeza hace más de dos años y estuvo vigente el 9 de julio de 2020; c) en este evento no se dan los supuestos planteados por la Corte Constitucional para posesionar en cargos no ofertados en la convocatoria inicial, pues no se generaron vacantes, ni la lista de elegibles de la que hacen parte las actoras se encuentra vigente; d) reprochan ellas un acto de carácter general, el “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; e) según la sentencia T-340 de 2020 que sobre el debate planteado señala que las normas que regulan la cuestión no generan automáticamente el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, ya que para ese efecto el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella; f) el ICBF no ha incurrido en lesión alguna de derechos pues de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, vigente para la fecha 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 vacantes ofertadas en la Convocatoria y según el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” de la CNSC, el uso de las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016 es procedente para casos en los que se generaron vacantes y cuyas listas aún se encuentran vigentes; g) el ICBF encontró que las accionantes exigen su nombramiento en unos cargos que no guardan equivalencia “con el cargo al que aspiraron en el marco de la convocatoria, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC, pues para la OPEC 38902, para la cual participaron NO HAY VACANTES adicionales. Desconocer esta condición y efectuar el nombramiento de las actoras en otra ubicación geográfica puede afectar los derechos de las personas que conforman otras listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC por haberse presentado para esas ubicaciones geográficas específicas desde el inicio de la convocatoria”; h) el Decreto 1479 de 2017, no creó nuevas vacantes respecto del empleo profesional especializado, código 2028, grado 17, que es el empleo para el cual participaron las actoras; i) “en la actualidad se están haciendo uso directo de las listas de elegibles conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.6.21) y Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC (artículo 11), conforme al Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, emitido también por la Comisión. En este punto, es importante precisar que uno de los factores fundamentales para que los ciudadanos se inscriban en una convocatoria, es el número de vacantes que se ofrecen, su ubicación y perfil, criterios que se determinan de manera precisa en cada una de las OPEC… Proferida la Ley 1960 de 2019 en el mes de junio y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, de la CNSC, para su implementación respecto a listas de elegibles emitidas con anterioridad a la ley, se hace necesaria su aplicación frente a vacantes creadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, especialmente las creadas por Decreto 1479 de 2017 y distribuidas mediante Resolución 7646 de Septiembre 5 de 2017 "Por medio de la cual se distribuyen unos cargos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras", con aplicación de los criterios objetivos de distribución”; j) La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, para ese efecto se debe acudir a la vía contencioso administrativa, en la que se podrá solicitar la suspensión provisional del acto y k) existen otros pronunciamientos de jueces constitucionales que han negado el amparo en casos similares al presente[[3]](#footnote-3).

2.2 Asesor jurídico de la CNSC, manifestó: a) consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad -SIMO- se comprobó que en el marco del proceso de selección 433 del ICBF, ofertó dos vacantes para proveer el empleo del nivel Profesional identificado con el Código OPEC 38902 Denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, agotadas las fases del concurso mediante Resolución No. CNSC – 20182230065035 del 25 de junio de 2018 se conformó lista de elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que cobró firmeza el 10 de julio de 2018, por tanto estuvo vigente hasta el 9 de julio de 2020; b) de acuerdo con las normas que regulan la materia y de una interpretación gramatical del concepto “mismos empleos”, estos corresponden a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes y este ese requisito indispensable para ser nombrado en el cargo para el cual se concursó. Mientras que el empleo es “equivalente” cuando presenta similitudes en funciones y requisitos para acceder a él, así como unmismo nivel jerárquico y grado salarial; c) el uso de listas de elegibles es procedente cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria, encontrándose en el intervalo del nombramiento en período de prueba y la posesión da lugar a que la entidad nominadora expida acto administrativo de derogatoria o revocatoria del acto administrativo de nombramiento, o cuando una vez efectuada la posesión del elegible y previo a culminar el periodo de prueba se configura una de las causales de retiro dispuestas por la Ley y cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria encontrándose posesionado y superado el período de prueba, se configura una de las causales del retiro del servicio aplicables. De otro lado para el uso de la lista de elegibles ante la creación de nuevos cargos, es necesario que la entidad nominadora reporte las vacantes. Así mismo, el artículo 7° de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, dispone que esta rige a partir de su publicación, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha; d) por todo lo anterior, las accionantes María del Carmen Vargas Cruz y Luz Elena Quintero Largo**,** ya no ostentan calidad de elegibles; e) a la CNSC no se aportó acto que soporte movilidad de la lista, es decir que no se presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, ni acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas, así como tampoco reportó vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, que cumplan con el criterio de mismos empleos y f) noexiste vulneración alguna a los derechos fundamentales de las accionantes por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil[[4]](#footnote-4).

3. Mediante sentencia del 29 de septiembre último, la juez de conocimiento declaró improcedente el amparo.

Para decidir así, consideró que acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos invocados, al no ser el medio diseñado para controvertir actos administrativos de carácter general; las actoras cuentan con la acción de cumplimiento para que se estudie la viabilidad de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en este caso, cuestión que escapa a las precisas competencias del juez de tutela, máxime que no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable[[5]](#footnote-5).

4. Inconformes con el fallo, las accionantes lo impugnaron. A los argumentos que plantearon en la demanda agregaron que la decisión apelada desconoce el precedente horizontal y vertical ya que se aparta de la sentencia T-340 de 2020 de la Corte Constitucional, así como a la decisión tomada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el que se resolvieron controversias similares a las aquí planteadas y en los que se accedió al amparo de los derechos invocados. En la primera de esas decisiones, específicamente respecto a la revisión del presupuesto de la subsidiariedad, se dijo que la tutela es procedente ante la proximidad del vencimiento de la lista de elegibles, lo que convierte en inidóneo cualquier otro medio de defensa judicial. Mientras que en la segunda se plantea la posibilidad de aplicar la Ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 de 2016 del ICBF. Solicitan se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda[[6]](#footnote-6).

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. La acción de tutela permite a toda persona reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o aun de los particulares, en los casos que reglamenta el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. Corresponde a la Sala resolver si la acción de amparo procede contra la decisión de las entidades accionadas de negar el agotamiento de la lista de elegibles con empleos no ofertados en la respectiva convocatoria. En caso positivo se analizará si con esa determinación dichas autoridades lesionaron los derechos fundamentales de las accionantes.

3. De manera previa se dirá que las señoras María del Carmen Vargas Cruz y Luz Elena Quintero Largo se encuentran legitimadas en la causa al ser las titulares de los derechos invocados. También lo están la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por pasiva, como entidades competentes para determinar el marco de aplicación de aquella lista de elegibles.

4. Para definir la cuestión acudirá la Sala al precedente jurisprudencial que se ha referido a la controversia que ofrece el caso bajo estudio, concretamente la sentencia de la Corte Constitucional T-340 de 2020, en la que refirió:

*“3.3.4. Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[[7]](#footnote-7). Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”[[8]](#footnote-8). El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.*

*…*

*En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019[[9]](#footnote-9).*

*… se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que “(…) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta”. Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.*

*En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica[[10]](#footnote-10).*

*…*

*3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley*[*909*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861#909)*de 2004, el Decreto Ley*[*1567*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1246#1567)*de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.*

*El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.*

*…*

*Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.*

*…*

*3.7.1. El señor José Fernando Ángel Porras solicita la protección de sus derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, los cuales estima vulnerados como consecuencia de la decisión del ICBF de no agotar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, que se generó luego de la Convocatoria 433 de 2016.*

*Tanto el ICBF como la Comisión Nacional del Servicio Civil alegaron durante el trámite de tutela que no había lugar al pretendido nombramiento, por cuanto el cargo al que hace referencia el accionante no fue convocado inicialmente. En efecto, para la OPEC 34782, en la que el accionante participó y quedó en tercer lugar, únicamente se estaban ofertando dos cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, por lo que la vacante que se generó con posterioridad, fue ocupada mediante el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez.*

*El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción. Sin embargo, el ad-quem amparó los derechos invocados y ordenó el nombramiento en período de prueba del señor Ángel Porras en el cargo de Defensor de Familia solicitado, de conformidad con la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 de la CNSC. Para este último juez, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012[[11]](#footnote-11), al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado en la “vacante adicional que se generó para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17"[[12]](#footnote-12).*

*…*

*Sin embargo, por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al sub-examine, se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, bajo el entendido que, en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, pues la misma tiene una aplicación retrospectiva e incluye la hipótesis que se alega por el actor, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo, la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.*

*…*

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

También, en sentencia del 30 de junio de este año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona[[13]](#footnote-13) determinó:

*“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.*

*…*

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

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

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

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

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

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

*...*

*Así, se ordenará que en el plazo de 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 ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al queconcursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, 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 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 LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar.*

*La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA 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 debepagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres 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 días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.*

*Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho…”*

4. Como ya se ha dicho, las accionantes encuentran la lesión de sus derechos fundamentales en la decisión de las entidades accionadas de derogar la norma que establecía la posibilidad de extender la lista de elegibles más allá de los cargos ofertados en la respectiva convocatoria y de, en consecuencia, limitarla a esos empleos o a otros de idéntica categoría, a pesar de que la Ley 1960 de 2019 ordena que otras vacantes deben agotarse con dicha lista.

5. Frente al estudio de procedibilidad y teniendo en cuenta la semejanza de la jurisprudencia transcrita, baste indicar que es claro que, como se dijo en ese precedente, al tratarse de un caso en que la lista de elegibles perdió vigencia el 9 de julio de 2020, fecha estimada para ese efecto sin tener en cuenta la suspensión de los términos para la actuación administrativa decretada con ocasión a la pandemia de Covid-19, los mecanismos ordinarios de defensa judicial carecen de eficacia.

6. La similitud del presente caso con aquellos que fueron revisados en los pronunciamientos transcritos, el primero de los cuales es vinculante al provenir del órgano de cierre constitucional y el segundo se puede considerar criterio auxiliar porque fue proferido por corporación no superior a este Tribunal, también constituye sustento suficiente para resolver la cuestión y tal como se procedió en esos casos, el amparo será concedido por las siguientes razones:

6.1 Por Resolución No. 20182020065035 del 25 de junio de 2018, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer dos vacantes para el empleo OPEC 38902. En esta las señora María del Carmen Vargas Cruz y Luz Elena Quintero Largo ocuparon, en su orden, los puestos 9 y 13.

En el artículo 4° de ese acto administrativo se dispuso que vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría la lista general para ser 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 serían destinadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados[[14]](#footnote-14).

6.2 El 22 de noviembre de 2018, esa misma entidad dictó la Resolución No. 20182230156785 por la cual revocó ese artículo y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1° del Decreto 1894 de 2012 y 62 del Acuerdo 201610000001376 del 5 de septiembre de 2016 estableció que las listas de elegibles conformadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 *“solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.* [[15]](#footnote-15)*”*

6.3 Ante las solicitudes de nombramiento en cargos vacantes formuladas por las accionantes el ICBF se pronunció para señalar: a) *“el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista de elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso solo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la Convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF, inicio con la firma del Acuerdo No 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016. Con fundamento en lo anterior, es claro que los empleos con los que se hará el uso de listas de elegibles, son aquellos que cumplen los criterios de: mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC”*[[16]](#footnote-16)

6.4 El 1° de agosto de 2019, la CNSC aprobó y expidió criterio unificado *“Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017”,* en que dispuso que las listas de elegibles expedidas y las que se profieran con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deben ser utilizadas únicamente para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. Mientras que los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a esa fecha, serán regidos en todas sus etapas por la Ley 1960 de 2019[[17]](#footnote-17).

Surge de lo anterior que las entidades accionadas, en efecto, lesionaron los derechos al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos de las actoras pues en aplicación del tantas veces citado precedente jurisprudencial no podía limitar el alcance de la lista de elegibles a los cargos que dieron origen a la correspondiente convocatoria o con los empleos de idéntica categoría en que se generaran vacancia, por el contrario en cumplimiento del principio al mérito lo adecuado era que agotaran ese listado con empleos semejantes por los que concursó cada participante.

7. En consecuencia esta Sala revocará el fallo recurrido, concederá el amparo invocado y se proferirán las siguientes órdenes: a) al ICBF verificar de la planta de personal cuáles cumplen con las condiciones de equivalencia del cargo de profesional especializado sociología – trabajo social, grado 17, OPEC 38902, código 2028, para el cual concursaron las accionantes; b) de existir, ese Instituto deberá solicitar a la CNSC el agotamiento de la lista de elegibles, en estricto orden, en que se hallan las actoras; c) en caso de que los empleos vacantes sean suficientes para los puestos que ocuparon las citadas señoras en esa lista la CNSC revisará y determinará si cumplen los requisitos para el acceder a dichos cargos como equivalentes al que participaron; d) luego de lo cual las demandadas adelantarán los trámites de disponibilidad presupuestal del caso y e) el ICBF comunicará a las actoras las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elijan una, luego de lo cual procederá a surtir los trámites de nombramiento y posesión.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida por la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito local el 29 de septiembre pasado, dentro de la acción de tutela promovida por las señoras María del Carmen Vargas Cruz y Luz Elena Quintero Largo contra la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, a la que fueron vinculados los señores Doralba Gómez Muñoz, Adriana María Grisales Valencia, Patricia Parra Ospina, Gloria Clemencia Cárdenas Osorio, Doralba Pachón Ramos, Lilibeth Navarrete Esteban, María Elizabeth Sarmiento Jaimes, Sandra Milena Tovar Valencia, Andrea Díaz Morales, Carolina María Valenzuela Naranjo, María Virginia Quintero Londoño, Angélica María Uribe Castro, Juliana Del Carmen Cepeda Garzón, Martha Nelvy Roldan Olave, Arnoris Gómez Benavides y Gloria Inés Buitrago García.

**SEGUNDO:** Se concedeel amparo a los derechos al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos de las actoras y en consecuencia se ordena: a) al ICBF, en un término de dos días contado a partir de la fecha de notificación de esta providencia, verificar de la planta de personal cuáles cumplen con las condiciones de equivalencia del cargo de profesional especializado sociología – trabajo social, grado 17, OPEC 38902, código 2028, para el cual concursaron; b) de existir, ese Instituto deberá, dentro de las 48 horas siguientes, solicitar a la CNSC el agotamiento de la lista de elegibles, en estricto orden, en que se hallan las actoras; c) en caso de que los empleos vacantes sean suficientes para los puestos que ocuparon las citadas señoras en esa lista la CNSC revisará y determinará si cumplen los requisitos para el acceder a dichos cargos como equivalentes al que participaron, para ese efecto contará con el término de dos días; d) luego de lo cual las demandadas adelantarán los trámites de disponibilidad presupuestal del caso, actuación que deberá ser agotada en plazo de dos días y e) el ICBF, dentro de las 48 horas siguientes, comunicará a las actoras las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elijan una, luego de lo cual procederá a surtir los trámites de nombramiento y posesión.

**TERCERO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** Como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Aunque el escrito de tutela se nombran otras accionantes de conformidad con la constancia secretarial del 18 de septiembre de 2020, las demandantes manifestaron “Respecto a la acción de tutela radicada en su despacho con numero 2020-159-00, queremos declarar que, de las accionantes, mencionadas en el escrito, solo las profesionales MARIA DEL CARMEN VARGAS CRUZ y LUZ ELENA QUINTERO LARGO somos las únicas remitidas a su juzgado por territorialidad. Las demás accionantes fueron direccionadas a otros departamentos.”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 6 [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 8 [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 10 [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 6 [↑](#footnote-ref-6)
7. Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-8)
9. M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-9)
10. En un caso similar, en el que se cuestionaba la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles, la Corte consideró que la acción de tutela es el mecanismo judicial eficaz e idóneo "cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento". Sentencia T-319 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1227 de 2005. *“Artículo 7. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...)* ***Parágrafo******1°.*** *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo*[*41*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861#41)*de la Ley 909 de 2004.”* [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 130 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Proceso radicado 54-518-31-12-002-2020-00033-01 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 87 a 89 del documento 2 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver consideraciones del comunicado que obra a folios 3 a 7 del documento 3 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 24 a 27 documento 1 y folios 1 a 7 del documento 2 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 20 a 23 del documento 2 [↑](#footnote-ref-17)