

Sentencia T-081/21

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

NULIDAD POR PRETERMISION DE INSTANCIA-Legitimación para impugnar/NULIDAD POR PRETERMISION DE INSTANCIA-No trámite de impugnación

La Corte ha señalado que “se pretermite la segunda instancia en las hipótesis en que se niega o rechaza la impugnación con razones diferentes a la extemporaneidad del recurso de alzada o la carencia de legitimación del recurrente para interponer la citada herramienta procesal[,] (...) puesto que son causales reconocidas de forma expresa en el Decreto 2591 de 1991”. En cuanto a la legitimación para apelar el fallo proferido por el a quo, el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 determina que podrán presentarlo las partes o el Defensor del Pueblo. Cuando la accionada es una autoridad pública, expresamente destaca que el recurso podrá ser elevado por “el representante del órgano correspondiente”. La jurisprudencia constitucional ha precisado que “en el trámite de la acción de tutela la representación judicial de las entidades públicas no siempre debe ejercerse por su representante legal, pues se trata de garantizar el principio de informalidad que rige la procedencia del amparo constitucional. Así por ejemplo, es frecuente que dicha función la cumpla el jefe de la oficina jurídica del órgano estatal, tal y como lo reconoció esta Corporación en sentencia T-471 de 2001 y en Auto 265 de 2002”.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE NULIDAD POR PRETERMISION DE IMPUGNACION-Juez debe valorar si es viable declarar nulidad ante vulneración definitiva de derechos fundamentales

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Triple identidad conlleva improcedencia

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Para que se configure temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar del peticionario

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Inexistencia para el caso

ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACION-Distinción

CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MERITO-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Criterio rector del acceso a la función pública/PRINCIPIO DEL MERITO-Aplicación

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Etapas

VACANCIA DEFINITIVA-Causales/VACANCIA TEMPORAL-Causales

CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MERITO-Reglas para la provisión de vacantes, según modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019

(i) el principio del mérito es el que garantiza la excelencia y profesionalización en la prestación del servicio público, para que responda y permita materializar los fines del Estado; (ii) la concreción de esta garantía constitucional se da a través de la provisión de los cargos de carrera administrativa por medio de procesos de selección o concursos públicos que son administrados, generalmente, por la CNSC; (iii) en el marco de estos concursos se profieren unos actos administrativos denominados listas de elegibles, en las cuales se consignan en estricto orden de mérito los nombres de las personas que superaron las pruebas del proceso, con miras a ser nombrados en las vacantes ofertadas, en principio, estas solo podían ser utilizadas para proveer las vacantes definitivas que se abrieran en los empleos inicialmente convocados; (iv) no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante definitiva para ser designado, por lo que los demás participantes tan solo tendrán una expectativa; (v) en el marco de la Ley 1960 de 2019 es posible extender una lista de elegibles vigente para proveer cargos equivalentes, esto es, que corresponda a la denominación, grado, código y asignación básica del inicialmente ofertado.

EFFECTOS DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISION-Efectos inter partes y efectos inter comunis/CORTE CONSTITUCIONAL-Competencia para darle efectos “Inter Pares” e “inter comunis” a sus providencias

LISTA DE ELEGIBLES-Aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO- Aplicación en el tiempo de la ley 1960 de 2019 respecto del uso de la lista de elegibles

En este tipo de controversias los jueces de tutela tienen la carga de revisar si, en el marco de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 la listas de elegibles en firme al momento de su entrada en vigor para que sean usadas en vacancias definitivas de cargos equivalentes no convocados, realmente se trata de un empleo que cumple con todas las características que han sido determinadas por la CNSC para tal efecto. De no hacerlo y ordenar el nombramiento a una persona con funciones esencialmente diferentes al cargo inicial por el que se concursó, puede resultar, como se mencionó, un sacrificio del principio constitucional del mérito. En efecto, no se cumpliría con una de las finalidades transversales de esta garantía superior como lo es contar con una planta de personal idónea y capacitada que presta sus servicios con experiencia y conocimiento en pro de los intereses generales.

Expedientes: T-7.787.552 y T-7.822.101

Asunto: Acciones de tutela instauradas por Rafael Eduardo Araujo Ibarra (T-7.787.552) y Jessica Lorena Reyes Contreras (T-7.822.101) en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos emitidos por los jueces de tutela en primera y segunda instancia, respecto de las acciones presentadas por el señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra y la

señora Jessica Lorena Reyes Contreras contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante, CNSC) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF).

Los dos casos que a continuación se exponen contienen algunos elementos en común y otros que los diferencian. Los accionantes comparten: (i) el haber participado en el concurso abierto de méritos, realizado en 2016, que sirvió para proveer 2.470 empleos de distintos tipos en la planta de personal del ICBF¹; (ii) el haber ocupado la segunda posición en la lista de elegibles; y (iii) el no haber sido nombrados porque para el cargo al que aspiraban solo se ofertó una vacante. Asimismo, comparten las mismas pretensiones, pues ambos piden al juez constitucional ordenarle a la CNSC y al ICBF proceder con su nombramiento en las vacantes actuales que están disponibles y que fueron creadas a través del Decreto 1479 de 2017. Vacantes que serían, en su interpretación, equivalentes a aquellas por las que aspiraron en la convocatoria inicial.

Para esto último pidieron usar las mismas listas de elegibles donde ocuparon el segundo lugar y aplicar de modo retrospectivo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019², según el cual, con tales listas podrán cubrirse “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

En ambos casos los jueces de instancia tutelaron sus derechos. Sin embargo, lo hicieron de modo distinto. A continuación, se exponen los hechos probados que se desprenden de cada uno de los expedientes, los resúmenes de los fallos de instancia que se revisan y las pruebas recogidas en sede de revisión.

Caso 1. Expediente T-7.787.552:

1. Hechos probados. En el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016³ realizada por la CNSC, el señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra se postuló para el empleo identificado con el Código OPEC No. 35880, denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11. Surtidas las etapas del referido concurso, la CNSC, mediante Resolución No. CNSC-20182230052225 del

22 de mayo de 2018⁴, que cobró firmeza el 6 de junio del mismo año⁵, adoptó la lista de elegibles para proveer una vacante en el empleo mencionado. El artículo 1 de la Resolución dispuso:

“Conformar la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 35880, denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así:

Posición

Tipo documento

Documento

Nombre

Puntaje

1

CC

1068387330

JORGE LEONARDO RIVERA MENDEZ

65,25

2

CC

1065630754

RAFAEL EDUARDO ARAUJO IBARRA

63,23

3

CC

1065634621

CARLOS DAVID DIAZ PINTO

63,22

4

CC

1065616649

LINDA CAROLINA MENESES CADENA

62,80

5

CC

77105264

JOHANN ORLANDO CASTRILLO RUIZ

6

CC

1062398687

KAREN MARGARITA OJEDA CASTRO

61,21

Haciendo uso de la lista de elegibles, por medio de la Resolución 7762 del 22 de junio de

2018, el ICBF nombró y posesionó a la persona que ocupó el primer lugar para la única vacante disponible⁶.

1. Con posterioridad a la Convocatoria No. 433 de 2016, a través del Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, el Presidente de la República modificó la planta de personal de carácter permanente del ICBF y creó, en la Regional Cesar, otro empleo con las mismas características y condiciones de aquél por el que había concursado el señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra. Esta nueva vacante fue ocupada transitoriamente, en encargo, por otra persona. De esto fue informado el accionante a través de una respuesta que el ICBF dio a una de sus peticiones⁷.

1. El 11 de junio de 2018, el tutelante preguntó a la CNSC si en razón de ese nuevo cargo creado, tendría derecho a ser nombrado en él por ocupar el segundo lugar en la lista de elegibles. En respuesta, la entidad cuestionada le informó que: “una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”⁸.

1. El accionante instauró, el 13 de julio de 2018, una acción de tutela solicitando al juez constitucional ordenar al ICBF y a la CNSC que hicieran uso de la lista de elegibles en la que ocupó el segundo lugar para proveer la vacante creada con el Decreto 1479 de 2017. Con todo, el Juzgado Segundo de Familia de Valledupar (Cesar) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo circuito⁹, estimaron, en primera y segunda instancia, que el recurso de amparo era improcedente.

1. En concreto, el Tribunal sostuvo, en esa oportunidad, que en tanto lo pretendido por el señor Araujo Ibarra era obtener, por parte de las entidades demandadas, el uso de la lista de elegibles de la que había hecho parte con el objeto de ser nombrado en el ICBF, lo que le correspondía era acudir a la acción de cumplimiento y no a la de tutela. A esto se sumó que no se advertía, para ese momento, ningún perjuicio irremediable, pues, en cualquier caso, tal lista tenía vigencia de 2 años¹⁰.

1. Entretanto, el 17 de octubre de 2018, solicitó nuevamente a la CNSC información sobre su eventual nombramiento. Esa entidad le manifestó, entre otras cosas:

“(…) que las nuevas vacantes surgidas con ocasión de la expedición del Decreto 1479 del 04 de septiembre de 2017, serán provistas con las listas de elegibles conformadas para los empleos ofertados inicialmente en la Convocatoria 433 de 2016, durante la vigencia de estas, a través de lista territorial (ya conformada) o de lista general que conformará la CNSC en estricto orden de mérito, tomado (sic) en cuenta los puntajes obtenidos por cada uno de los elegibles”¹¹.

1. Con todo, sostuvo que la CNSC cambió de postura. Esto con la emisión de la Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018¹², en virtud de la cual se revocó el artículo 4 común, contenido en las Resoluciones por las que se conformaron las listas de elegibles en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016¹³. El artículo derogado disponía que, una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría una lista general, en estricto orden de mérito, para proveer las vacantes que no se pudieran cubrir con la lista territorial. Asimismo, establecía que esa lista de elegibles sería utilizada “para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”¹⁴.

1. El 6 de diciembre de 2018, el accionante preguntó nuevamente a la CNSC, si haría uso de la lista de elegibles No. 20182230052225 del 22 de mayo de 2018, a efectos de proveer la

vacante creada con el Decreto 1479 de 2017. La entidad le informó que, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia SU-446 de 2011, es imposible “realizar uso de listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas, pues hacerlo, implica un desconocimiento a las reglas de la convocatoria”¹⁵.

1. Sin que se hubiere efectuado el nombramiento requerido, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019. A partir de esta norma se modificaron algunas reglas para proveer empleos en la carrera administrativa. El artículo 6, en concreto, dispuso lo que sigue:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: // “ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: // 1. (...) // 2 (...) // 3 (...) // 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” (énfasis propio).

1. Como resultado de lo anterior, algunas personas que se encontraban en las listas de elegibles creadas con ocasión de la Convocatoria 433 elevaron solicitudes ante la CNSC con el fin de que fueran nombrados en las plazas vacantes de empleos equivalentes a los que habían concursado inicialmente¹⁶. Frente a esta consulta, el 1 de agosto de 2019 la entidad profirió el Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017”, con el fin de resolver cuál sería el ámbito de aplicación de las listas expedidas antes de la Ley 1960 de 2019¹⁷.

Al respecto, la CNSC explicó que con el texto de la Ley 909 de 2004 las listas de elegibles “solo podrían ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generaran en los mismos empleos inicialmente provistos. (...) Por el contrario, la nueva estructura normativa prevista en la ley que nos ocupa, como en la que promulgó el plan

nacional de desarrollo hizo sustanciales modificaciones a los procesos de selección, variaciones estas que aplicarán para futuros procesos de selección y no para los que se finalizaron o se encuentran en curso. Sobre este punto es necesario indicar que la lista de elegible hace parte del proceso de selección que culmina con la provisión en carrera administrativa luego de agotar el periodo de prueba”¹⁸.

En consecuencia, la Comisión consideró que las listas de elegibles vigentes para el 27 de junio de 2019, así como las que hubiesen sido incluidas en los acuerdos de convocatoria, se rigen por las reglas previstas antes de la Ley 909 de 2004. Sobre todo, dado que,

1. Con posterioridad a este criterio, el actor solicitó al ICBF²⁰ y a la CNSC²¹, por separado, la aplicación retrospectiva, en su favor, del enunciado normativo citado. Para tal efecto, pidió que la lista de elegibles de la que hacía parte se tuviera en consideración al momento de proveer el cargo vacante que había sido creado con el Decreto 1479 de 2017.

1. Ante este panorama, y sin haber recibido respuesta de fondo a las peticiones antedichas, el tutelante acudió al juez constitucional. Lo hizo el 13 de septiembre de 2019²² y allí solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al acceso a cargos públicos y a la confianza legítima. En consecuencia, requirió ordenar a las entidades accionadas (i) aplicar de manera retrospectiva el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; y (ii) nombrarlo, en periodo de prueba, en el cargo denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, que se encuentra vacante en el Centro Zonal de Valledupar –según información aportada por el ICBF– haciendo uso de la lista de elegibles en la que ocupó el segundo lugar²³. De manera subsidiaria, exigió ser nombrado en dicho cargo en provisionalidad.

1. Trámite procesal. El Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, mediante proveído del 17 de septiembre de 2019, admitió la tutela²⁴. Asimismo, ofició a las accionadas para que dieran respuesta a los hechos expuestos a fin de ejercer su

derecho de defensa.

1. Contestación de la parte accionada. El representante de la CNSC, en escrito del 24 de septiembre de 2019²⁵, informó al despacho de instancia que (i) en tanto el accionante había instaurado una acción de tutela previa, fallada en contra de sus intereses, había tenido lugar el fenómeno de la temeridad; (ii) que el concurso en el que participó el tutelante había sido diseñado para proveer una sola vacante, ocupada por quien obtuvo el primer lugar; (iii) que de conformidad con la normatividad vigente al momento en que se realizó el proceso de selección, era claro que las listas de elegibles podían usarse para proveer las vacantes que generen “los empleos inicialmente convocados, pero no otros distintos”; (iv) que si se ordenara nombrar al actor en una plaza no contemplada en el proceso del que se hizo partícipe, se desnaturalizarían los principios de mérito, igualdad, legalidad, transparencia y objetividad que gobiernan este tipo de trámites; y (v) que no es posible aplicar de manera retrospectiva la Ley 1960 de 2019 porque, como lo dispone el artículo 7 de la misma, “rige a partir de su publicación”. Sobre esto último citó el Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, emitido por la propia CNSC.

La Oficina Jurídica del ICBF, por su parte, en comunicación del 25 de septiembre de 2019²⁶, coincidió con la postura esgrimida por la CNSC, al señalar que la Ley 1960 de 2019 solo rige a partir del 27 de junio de ese año (fecha de su expedición) y que las listas de elegibles solo pueden ser utilizadas para proveer cargos ofertados en la respectiva Oferta Pública de Empleos de Carrera (en adelante, OPEC). Así, en tanto el cargo que pretende el actor no fue ofertado en el proceso de selección donde ocupó el segundo lugar, no es posible asignárselo. Finalmente, cuestiona la procedencia de la acción. Señala que, primero, carece de inmediatez porque la lista de elegibles en la que figura el tutelante cobró firmeza el 6 de junio de 2018. Segundo, no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues estas mismas pretensiones pueden ser discutidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad simple que, entre otras cosas, permite la solicitud de medidas cautelares.

1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de Medellín, en sentencia del 30 de septiembre de 2019, tuteló los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, ordenó al ICBF nombrar y posesionar en periodo de prueba al tutelante en el cargo Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11.

Como fundamento, el juez explicó que (i) no se había configurado temeridad alguna, en tanto la promulgación de la Ley 1960 de 2019 constituía un nuevo hecho que no había sido previsto al fallar la primera tutela presentada por el actor; (ii) no se desconoció el principio de inmediatez porque, aunque la lista de elegibles tomó firmeza en junio de 2018, lo cierto es que con posterioridad se presentaron una serie de peticiones, en virtud de las cuales solicitó su nombramiento; (iii) la vía contenciosa administrativa no permite la protección efectiva de los derechos invocados y, al contrario, dilata la eventual trasgresión; y (iv) la Ley 1960 de 2019 debe ser aplicada de forma retrospectiva, en tanto el proceso de selección nació bajo el gobierno de una ley anterior, pero sus efectos no se habían consolidado para cuando entra en vigencia la norma aludida²⁷.

1. Rechazo de la impugnación formulada por las entidades accionadas. La Sala Constitucional de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en auto del 25 de octubre de 2019, rechazó la impugnación que presentó el ICBF porque –según señaló esa autoridad judicial– quien la radicó no acreditó ser el representante de la entidad.

Asimismo, rechazó la instaurada por la CNSC, dado que contra aquella no se profirió orden alguna, de manera que no estaba legitimada para impugnar²⁸.

El ICBF presentó un recurso de súplica contra la decisión anterior. El mismo fue negado en auto del 14 de noviembre de 2019, porque, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 331 del Código General del Proceso, el solicitante tenía hasta el 5 de noviembre de 2019 para interponerlo, y lo hizo de modo extemporáneo, esto es, el 7 del mismo mes²⁹.

Caso 2. Expediente T-7.822.101:

1. Hechos probados. La señora Jessica Lorena Reyes Contreras también participó en la Convocatoria 433 de 2016, realizada por la CNSC³⁰. Específicamente, optó por el empleo

identificado con el Código OPEC No. 39958, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8. Luego de que se surtieran las etapas del concurso, la CNSC, mediante Resolución No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018³¹, publicada el 30 de abril siguiente y que quedó en firme el 9 de junio del mismo año³², adoptó la lista de elegibles para proveer una vacante en el empleo mencionado. El artículo 1 de la Resolución se transcribe a continuación³³:

“Conformar la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con Código OPEC No. 39958, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así:

Posición

Documento

Documento

Nombre

Puntaje

1

CC

66853033

ISABEL CRISTINA MOSQUERA TORRES

78,25

2

CC

1061699559

JESSICA LORENA REYES CONTRERAS

70,01

3

CC

39577805

ROCIO MOLINA RAMÍREZ

66,37

4

CC

29105796

MARIA FERNANDA SEMANATE CABRERA

55,14

1. Posteriormente, el Decreto 1479 de 2017 creó 49 cargos correspondientes a la denominación Profesional Universitario, Código 2044, Grado 836. Sin embargo, la tutelante no fue nombrada en ninguno de ellos. Según informa, esto ocurrió porque la Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018³⁷, derogó el artículo 4 de la Resolución que conformó la lista de elegibles donde ocupaba el segundo lugar³⁸. La derogatoria obedeció a que las reglas de los concursos son invariables y a que el artículo 62 del Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 dispuso que “[l]as listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentra vigente”³⁹.

1. Luego se expidió la Ley 1960 de 2019. Como ya se indicó (supra 9 y 10) el artículo 6 de esa norma dispuso que las listas de elegibles tendrían una vigencia de 2 años y que, durante ese periodo, podrían ser usadas para cubrir las “vacantes definitivas” de los cargos que, siendo equivalentes, no hayan sido objeto de convocatoria y surjan con posterioridad. Con todo, el alcance de ese enunciado normativo fue objeto de estudio por parte de la propia CNSC que, en sesión del 1 de agosto de 2019, sostuvo que la referida Ley solo sería aplicable a “los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad [a ella]”. No siendo posible, entonces, su aplicación retrospectiva⁴⁰.

1. Finalmente, cabe mencionar que la accionante Jessica Lorena Reyes Contreras no presentó ningún tipo de petición ante el ICBF ni la CNSC con el fin de que se procediera a su nombramiento en algunos de los cargos mencionados en el numeral 17.

1. No obstante, con fundamento en los hechos descritos, el 16 de septiembre de 2019 presentó acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de sus derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, los cuales consideró vulnerados dado que el ICBF y la CNSC “se niegan a cumplir el mandato contenido en los artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 (...), y en consecuencia, me niegan el acceso a uno de los cuarenta y nueve cargos creados en virtud del artículo segundo del Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017”⁴¹.

1. Como pretensión principal, solicitó que se ordene su “nombramiento y posesión al cargo en una de las cuarenta y nueve vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017”⁴². Y, de manera subsidiaria, que se utilice su lista de elegibles “para proveer de manera provisional uno de los tres cargos de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8, distribuidos en la REGIONAL VALLE, creados en virtud del Decreto 1479 de 2017”⁴³.

1. En el escrito de tutela, la actora relató los hechos sobre su participación en la Convocatoria 433 de 2016, mencionó las plazas que se abrieron con ocasión de declarar desierto algunos cargos con equivalente denominación, código y grado al que ella había aspirado, y las vacantes que surgieron con el Decreto 1479 de 2017. Adicionalmente, se refirió a las peticiones elevadas por otras personas que también participaron en la Convocatoria 433 y solicitaron la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 para ser nombradas en nuevas vacantes que surgieran en vigencia de sus listas de elegibles. En relación con la posición asumida al respecto por la CNSC, expuso que se basa en una interpretación restrictiva de la norma que vulnera “los derechos fundamentales de los elegibles a acceder a cargos públicos con base al principio del mérito”⁴⁴.

En este orden de ideas, la tutelante argumentó que el uso de la lista de elegibles para ser nombrada en virtud de la Ley 1960 de 2019 se fundamenta en que: (i) tenía la expectativa de acceder a un cargo público al hacer parte de una lista vigente para el momento que nace la norma⁴⁵; (ii) se habían creado “vacantes definitivas” con el Decreto 1479 de 2017 en el ICBF; y (iii) es la siguiente en la lista para ocupar uno de esos cargos por orden de mérito.

1. Trámite procesal. El 16 de septiembre de 2019, el Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Cali admitió la acción de tutela y procedió a ordenar su notificación a la CNSC y al ICBF⁴⁶. En esta misma providencia, solicitó al ICBF que informara sobre las actuaciones tendientes al nombramiento en propiedad de la señora Reyes Contreras.

1. Contestación de las partes accionadas. La CNSC en escrito del 18 de septiembre de 2019⁴⁷, solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción de amparo. Señaló, al efecto, que la señora Reyes Contreras ocupó el segundo lugar en el concurso que buscaba proveer una vacante. En tal sentido, la única persona que tiene un derecho adquirido es quien ocupó el primer lugar. Advirtió que, en concordancia con lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, la lista de elegibles solo puede ser usada para proveer los empleos ofertados, y no otros distintos. Finalmente pidió ser desvinculada de la causa porque aun cuando llevó a cabo el concurso, no tiene competencia para administrar la planta de personal del ICBF.

La Oficina Jurídica del ICBF, por su parte, en comunicación del 18 de septiembre de 2019⁴⁸, señaló, compartiendo la argumentación de la CNSC, que: “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 jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y, por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir de uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958”. También resaltó la imposibilidad de aplicar de forma retroactiva la Ley 1960 de 2019 y, por último, encontró que la acción no superaba el requisito de inmediatez porque había transcurrido más de un año entre la firmeza del acto administrativo que fijó la lista de elegibles y la instauración de la tutela.

1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado 21 Contencioso Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sentencia del 30 de septiembre de 2019, decidió no tutelar los derechos invocados⁴⁹. En primer lugar, desvinculó a la CNSC de la causa, debido a su falta de legitimación por pasiva, afirmando que esta no tiene la competencia para disponer de los empleos con que cuente el ICBF en su planta. A renglón seguido, señaló que los derechos fundamentales de la tutelante no se habían desconocido, pues, “la lista de elegibles solo tiene vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria”. En esa línea, añadió que la utilización de tal lista para proveer plazas creadas con posterioridad a la convocatoria, implicaba la modificación de las normas que regían para el momento en que esta última se adelantó. Lo que sería contrario a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

1. Impugnación⁵⁰. El 3 de octubre de 2019, la señora Jessica Lorena Reyes Contreras presentó impugnación en contra de la anterior decisión, con el fin de que se revoque el fallo y, en su lugar, se ordene a la CNSC y al ICBF proceder con su nombramiento en uno de los nuevos cargos creados por el Decreto 1479 de 2017. Como fundamento, en su esencial, presentó las mismas razones planteadas en la acción de amparo.

1. Sentencia de segunda instancia. Previa impugnación presentada por la accionante⁵¹, en la

que resaltó los mismos argumentos expuestos en el escrito de tutela y solicitó ser tratada en igualdad de condiciones respecto de otras personas que, estando en sus mismas circunstancias, recibieron el amparo de sus derechos por los jueces constitucionales, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 18 de noviembre de 2019, revocó la providencia del a quo⁵², y tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos de la accionante. Para esto afirmó que la Ley 1960 de 2019 debía ser aplicada en su favor. Asimismo, sostuvo que el criterio de la CNSC, suscrito el 1 de agosto de 2019, según el cual la norma antedicha solo podría ser aplicable respecto de procesos de selección aprobados con posterioridad a su entrada en vigencia, trasgredía las prerrogativas de los participantes de los concursos.

En tal sentido inaplicó por inconstitucional ese criterio, al tiempo que ordenó a la CNSC que 1) “oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegibles opten”; y 2) “elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles”. También ordenó al ICBF que “recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito”. Finalmente, dispuso que la decisión tendría “(...) efectos inter comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes”. De modo que los efectos de la tutela también recayeron sobre las ciudadanas Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate Cabrera, quienes ocupaban el tercer y cuarto puesto en la lista aludida.

Actuaciones comunes a los dos expedientes en sede de revisión

Auto de pruebas del 3 de noviembre de 2020

1. Con el ánimo de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver la controversia constitucional, el magistrado sustanciador estimó pertinente requerir a las partes a fin de que informaran al despacho sobre: (i) el estado actual en que se encuentran los empleos pretendidos por los accionantes, esto es, si se encuentran vacantes o ya han

sido provistos, o si se encuentran ocupados por otras personas y bajo qué modalidad (en propiedad, provisionalidad o encargo), (ii) el estado de la planta de personal del ICBF y su eventual modificación en virtud de lo ordenado en el Decreto 498 de 2020; (iii) las actuaciones desplegadas en cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca (supra 27); (iv) la vigencia de las listas de elegibles en las que figuran los demandantes; (v) las condiciones laborales actuales de aquellos, y las peticiones que hubieren presentado ante las accionadas en orden a obtener lo pretendido por esta vía.

1. Por medio de comunicación recibida, vía correo electrónico⁵³, por la Secretaría General de esta Corporación, Rafael Eduardo Araujo Ibarra informó a esta Sala que el 12 de noviembre de 2019 se posesionó en el cargo Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, del Centro Zonal de Valledupar (cargo que ostenta en la actualidad). En tanto vio satisfechas sus pretensiones, solicitó a la Corte declarar la carencia actual de objeto por hecho superado. Asimismo, recordó que el 11 de junio de 2018 presentó una petición ante la CNSC, preguntando si eventualmente tendría derecho a ser nombrado en la nueva vacante creada por el Decreto 1479 de 2017. En respuesta, la entidad cuestionada le informó que sí (supra 3). Sostuvo que, pese a ello, el nombramiento nunca se produjo, de manera que instauró una primera acción de tutela que a la postre fue fallada en contra de sus intereses (supra 4).

Con posterioridad, el 15 y 20 de agosto de 2019⁵⁴ solicitó al ICBF y a la CNSC su nombramiento, pero, advirtió, que solo recibió respuesta de la primera entidad, sin que aportara copia de la misma al presente expediente. Afirmó que en ella se le indicó que su pretensión sería despachada desfavorablemente, toda vez que la autoridad competente para resolver sobre tal asunto sería la CNSC.

1. Por su parte, Jessica Lorena Reyes Contreras remitió a la Secretaría General un correo electrónico en el que adjuntaba su respuesta al requerimiento⁵⁵. Frente a su situación laboral, indicó que mediante la Resolución No. 4125 del 10 de julio de 2020, el ICBF dio cumplimiento al fallo de segunda instancia que la favoreció. En tal sentido, la nombró en periodo de prueba en el cargo con código OPEC 123939, denominado Profesional

Universitario, Código 2044, grado 08 (28089), ubicado en el municipio de Armenia. La posesión tuvo lugar el 3 de agosto de 2020.

De otro lado, informó que no vio la necesidad de presentar peticiones ante las accionadas con el objeto de obtener su nombramiento, pues, en razón de la interpretación restrictiva que la CNSC hizo de la aplicación de la Ley 1960 de 2017, condensada en el Criterio Unificado del 1 de agosto de 2019, ya se sabía cuál era la posición de esa autoridad frente a sus pretensiones. Además, sostuvo que la postura de esa entidad ha sido cambiante. Señaló que aparte del criterio unificado aludido⁵⁶, existen dos más: uno del 16 de enero de 2020 y otro del 22 de septiembre del mismo año⁵⁷.

Por último, recordó la reciente Sentencia T-340 de 2020 y pidió que su proceso se resuelva en el mismo sentido⁵⁸.

1. La CNSC, también vía correo electrónico⁵⁹, en relación con el proceso T-7.787.552 (Caso 1), señaló que la lista en la que el tutelante ocupó la segunda posición, estuvo vigente hasta el 5 de junio de 2020. Y, que el ICBF, a través de la Resolución No. 9762 del 25 de octubre de 2019, nombró al tutelante en periodo de prueba, en el empleo Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, del Centro Zonal de Valledupar. Su posesión tuvo lugar el 12 de noviembre de 2019. Así mismo, sostuvo que la acción de tutela promovida por el actor, fue publicada el 21 de septiembre de 2019 en la página de la CNSC con el fin de comunicar a los posibles interesados en el proceso. Sin embargo, nadie se manifestó al respecto.

Finalmente, resaltó que el señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra presentó 2 peticiones ante su entidad antes de la emisión de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín⁶⁰. Y la señora Jessica Lorena Reyes Contreras presentó 2 peticiones⁶¹, pero después del fallo emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca para solicitar su cumplimiento⁶².

1. Frente al cumplimiento de la orden emitida en el marco del proceso T-7.822.101 (Caso 2), el 31 de enero de 2020 informó que había publicado en su página web la oferta de los 49

empleos del nivel Profesional Universitario, código 2044, grado 8, creados con el Decreto 1479 de 2017. Luego remitió comunicaciones a las señoras Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina y María Fernanda Semanate⁶³, a efectos de que estas manifestaran si querían optar por alguna de las 49 vacantes y cuál era la de su preferencia. En tanto ellas informaron qué plazas deseaban ocupar, la CNSC conformó y adoptó, a través del Auto No. 442 del 26 de junio de 2020, la lista de elegibles para proveer esas vacantes. Allí mismo, esa entidad resaltó que “ninguna de las elegibles cumplía con los perfiles establecidos para los empleos elegidos, más allá de la coincidencia en el nivel, la denominación, el código y el grado”.

1. Por último, el ICBF, a través de un primer correo electrónico⁶⁴, sostuvo que, en la actualidad, solo existen dos cargos definitivos para la categoría Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11 en la regional Cesar. El primer cargo es ocupado por Jorge Leonardo Rivera Méndez, quien obtuvo la primera posición en la lista de elegibles No. 20182230052225 de 2018. El segundo cargo, lo ostenta el tutelante Rafael Eduardo Araujo Ibarra, quien había ocupado la segunda posición en la misma lista. Esto último en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín.

De otro lado, recordó que, aun cuando en la Convocatoria 433 de 2016 se ofertó una sola vacante para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, grado 08, con funciones en el Grupo de Protección de la Regional Valle, luego fueron creadas 49 nuevas vacantes, con tal denominación, a partir de lo dispuesto en el Decreto 1479 de 2017. Las tres personas elegibles restantes en la lista No. 20182230040835 de 2018 (Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina y María Fernanda Semanate), fueron consultadas a efectos de que manifestaran si optarían por alguna vacante. En tanto así lo hicieron, finalmente fueron nombradas en los cargos a través de Resolución No. 4125 del 10 de julio de 2020. Sin embargo, el ICBF –como lo hizo en su momento la CNSC–, resaltó que los empleos provistos por mandato judicial son “diferentes a los ofertados en la Convocatoria Pública 433 de 2016, (pues estos no cumplen con las funciones, propósito, grupo interno de trabajo y ubicación geográfica)”.

El ICBF informó además (i) que en tanto la provisión de los empleos aludidos se efectuó en cumplimiento de una orden judicial, no se siguió el orden señalado en el Decreto 498 de

2020; y (ii) que la señora Jessica Lorena Reyes Contreras presentó 3 peticiones en sus instalaciones⁶⁵ solicitando su nombramiento (las 3 ocasiones con posterioridad al fallo del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca), al tiempo que –dijo– respecto del señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra no se encontraron registros⁶⁶.

Con posterioridad, la misma entidad aportó un nuevo correo electrónico⁶⁷. En uno de sus anexos se añade que el perfil, la dependencia y la asignación básica mensual del cargo que ostenta en la actualidad Rafael Eduardo Araujo Ibarra, coincidirían con el empleo al que optó inicialmente⁶⁸. Sin embargo, ese no sería el caso de las ciudadanas Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina y María Fernanda Semanate, pues ellas aspiraron inicialmente al empleo Profesional Universitario Código 2044, Grado 08, Perfil Trabajo Social con funciones en el Grupo de Protección de la Regional Valle, y los 49 cargos creados con posterioridad cuentan con “roles específicos de calidad y recaudo”. Estando estos empleos dirigidos, respectivamente, a la realización, acompañamiento o verificación de auditorías de calidad en la entidad, y al control y gestión de recursos financieros. Los empleos que hoy ocupan las 3 mujeres corresponden al rol de calidad⁶⁹.

Auto del 9 de diciembre de 2020 –vinculación de Rocío Molina y María Fernanda Semanate–

1. A través de auto del 9 de diciembre de 2020, el magistrado ponente ordenó la vinculación de las señoras Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate, en tanto que, como consecuencia de los efectos inter comunis declarados por el juez de alzada, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en la sentencia proferida dentro del expediente T-7.822.101, fueron beneficiadas de la orden de amparo. Previendo que cualquier decisión tomada en sede de revisión impactaría en sus intereses, se ordenó a la Secretaría General de esta Corte remitirles copia del expediente aludido y sus anexos, a efectos de que puedan pronunciarse sobre los hechos allí contenidos.

Respuestas de las señoras María Fernanda Semanate del 17 de enero de 2021 y de Rocío Molina del 18 de enero de 2021

1. Las señoras Semanate y Molina dieron respuesta de manera separada, pero en formatos similares en los que informaron que, como resultado del fallo proferido por el Tribunal del Valle del Cauca, el 3 y 10 de agosto de 2020, respectivamente, fueron nombradas en una de las vacantes de Profesional Universitario Grado 8, Código 2044. De igual forma, reiteraron los hechos que rodearon el desarrollo de la Convocatoria 433 de 2016, que ya fueron expuestos previamente en los antecedentes de esta providencia, y allegaron la documentación ya conocida por esta Sala frente al fundamento fáctico objeto de análisis.

De manera adicional, manifestaron que la CNSC no ha tenido una posición lineal respecto a la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo. Por el contrario, ha proferido tres Criterios Unificados sobre este asunto en menos de un año. En consecuencia, consideran que fue fundamental que la Corte Constitucional hubiese proferido la Sentencia T-340 de 2020, en la que amparó los derechos del accionante y ordenó su nombramiento en el cargo equivalente que resultó vacante en vigencia de su lista de elegibles. Bajo este panorama, consideran que en este caso coinciden el escenario fáctico y jurídico para reiterar la precitada decisión de amparo.

En consecuencia, solicitan (i) confirmar en su totalidad el fallo de segunda instancia proferido el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca; y (ii) “vincular a los demás elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, quienes durante el término de vigencia de sus listas de elegibles instauraron acciones administrativas y constitucionales a fin de exigir a la CNSC e ICBF, el cabal cumplimiento del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 (...)”.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. Los expedientes T-7.787.552 y T-7.822.101 fueron seleccionados por medio del Auto

del 18 de septiembre de 2020 y acumulados para ser fallados en una misma sentencia por presentar unidad de materia⁷⁰. Estos fueron luego repartidos a la Sala Tercera de Revisión en Auto del 25 de septiembre de 2020, ambos proferidos por la Sala de Selección Número Tres⁷¹.

Cuestiones previas

1. Antes de pasar con el análisis de procedencia, es necesario que la Corte se pronuncie sobre dos aspectos relacionados con el Caso 1 (expediente T-7.787.552).

El primero respecto de una eventual nulidad por pretermisión de instancia frente a la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Medellín al rechazar la impugnación formulada por las entidades accionadas.

El segundo relacionado con la posible configuración de una cosa juzgada constitucional, atendiendo a que el señor Araujo Ibarra había presentado una primera acción de tutela el 13 de julio de 2018 para solicitar su nombramiento en la vacante creada con el Decreto 1479 de 2017, cuyo fallo de segunda instancia fue proferido el 27 de noviembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar⁷². Pasa la Sala a resolver cada uno de estos asuntos.

Eventual nulidad por pretermisión de instancia

1. Como se advirtió en el acápite de antecedentes, en auto del 25 de octubre de 2019, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín rechazó los recursos de impugnación elevados tanto por el ICBF, como por la CNSC, al considerar que carecían de legitimación en la causa.

1. De acuerdo con esta Corporación, en los trámites de tutela pueden ocurrir irregularidades procesales que vicien su validez y afecten el derecho al debido proceso de las partes y

terceros con interés. El juez constitucional tiene la carga de velar por la integridad del proceso, identificar las circunstancias que pudiesen devenir en una eventual nulidad y declararla cuando corresponda, tomando en consideración los principios de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, así como el de economía procesal⁷³. En concordancia con la jurisprudencia de esta Corte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 306 de 1992, para este tipo de cuestiones son aplicables las reglas incluidas en el Código General del Proceso sobre las nulidades⁷⁴.

En concreto, la pretermisión de instancia se reconoce como una nulidad cuando, por ejemplo, no se tramite la apelación, se niegue o se rechace sin una justificación que se adecue a las reglas particulares sobre el trámite constitucional de tutela⁷⁵. Este tipo de irregularidad es considerada insaneable, en el entendido que la impugnación es un derecho constitucional que hace parte del debido proceso, el cual aparece contenido de manera particular en el artículo 86 de la Constitución⁷⁶.

1. Ahora bien, descendiendo al sub judice, se tiene que la decisión del Tribunal Superior de Medellín de rechazar los recursos de impugnación presentados por el ICBF y la CNSC, vulneró el debido proceso de dichas entidades al pretermittir la instancia con fundamento en una supuesta falta de legitimación para apelar.

En lo tocante al ICBF, lo cierto es que quien interpuso el recurso estaba actuando en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, tal como se prueba con la Resolución 8774 del 30 de septiembre de 2019, en la cual se nombró al señor Edgar Leonardo Bojacá Castro en dicho cargo de libre nombramiento y remoción⁷⁹. Así las cosas, atendiendo a la jurisprudencia, la representación judicial de las entidades públicas no necesariamente debe ser ejercida por un solo representante legal, sino que, en virtud del principio de informalidad que rige a esta acción constitucional, es posible que la misma sea asumida igualmente por otro tipo de funcionarios como el director o jefe de la oficina que tramita los asuntos jurídicos, máxime si presenta acta de posesión y la resolución en la que sustenta sus facultades legales.

En cuanto a la impugnación promovida por la CNSC, la Sala también advierte que no le asistía razón al Tribunal Superior cuando fundamentó el rechazo en una falta de legitimación,

por cuanto “no existe orden directa [a esta entidad], sino que por el contrario desestimó las pretensiones del actor frente a ella. Entonces no existe un perjuicio o agravio que deba modificarse, repararse o revocarse”⁸⁰. En efecto, con esta determinación se desconoció que esta entidad del Estado era una de las demandadas por el señor Araujo Ibarra, así como que las funciones constitucionales y legales asignadas a la CNSC se encuentran directamente relacionadas con la administración de las listas de elegibles para proveer vacantes a partir de concursos de méritos adelantados por dicha entidad⁸¹. Así pues, dado que la Convocatoria 433 de 2016 fue realizada por la CNSC y la orden proferida tiene que ver con la lista de elegibles consignada en la Resolución No. CNSC-20182230052225 del 22 de mayo de 2018, no era suficiente la razón presentada por el Tribunal relativa a que en el fallo del 30 de septiembre de 2019 del Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín no se había incluido orden alguna para esta entidad, e incluso, las pretensiones respecto de esta entidad se habían desestimado.

1. En consecuencia, la Sala estima que con en el auto del 25 de octubre de 2019 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín se generó una nulidad por pretermisión de instancia, toda vez que esta autoridad judicial debió haber tramitado la segunda instancia de la acción de tutela promovida por el señor Rafael Araujo Ibarra, respecto de los recursos de apelación presentados tanto por el ICBF, como por la CNSC.

1. Como ya se anunciaba, en algunos casos excepcionales, la Corte ha admitido que, sin perjuicio de las nulidades identificadas en el trámite adelantado por los jueces constitucionales, la cuestión sea resuelta directamente en sede de revisión. En este sentido, en el Auto 208 de 2020 la Sala Segunda de Revisión precisó que “[e]sta facultad se activa frente a razones que hacen impostergable la decisión del asunto, como por ejemplo la calidad de sujeto especial de protección o el tipo de derecho invocado. Claro está, ello exige una mayor carga argumentativa para el Tribunal Constitucional, quien deberá señalar por qué es necesario prescindir del trámite ordinario de la tutela -de por sí expedito y sumario-, y de las garantías procesales más amplias que se ofrecen con las instancias correspondientes”.

1. Ahora bien, la Sala advierte que el régimen de nulidades tiene especial relevancia en el marco del procedimiento, en tanto y en cuanto busca defender derechos fundamentales. La pretermisión de instancia, como la que ocurrió en el caso concreto del expediente T-7.787.552, tiene especial trascendencia por cuanto no solo se traduce en una afectación del debido proceso, sino también en el derecho de impugnación contenido en la Constitución.

No obstante lo anterior, la Corte estima que dada la controversia que es objeto de estudio en esta oportunidad debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, para continuar con el proceso y que el asunto sea fallado en la presente sentencia por la Sala Tercera de Revisión. Ello se fundamenta en que la problemática que subyace a los expedientes objeto de análisis involucra, por una parte, una posible grave afectación sobre el principio del mérito judicial que es un eje axial de la Constitución⁸². La relevancia implícita en este presupuesto constitucional ha sido destacado por esta Corporación en diferentes oportunidades. Por ejemplo, en la Sentencia C-034 de 2015 expuso:

“[e]l constituyente de 1991 le otorgó una relevancia superior al mérito como un criterio que define cómo se accede a la función pública y por tal motivo incorporó el concurso público como una forma de establecerlo (...). Igualmente, y frente a la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado de las disposiciones constitucionales sobre la carrera, se estableció que la misma está fundamentada en el mérito, en la capacidad del funcionario público, la cual es considerada como un elemento destacado de la carrera e implica que tenga el carácter de regla general que a la misma le corresponda. Por tal motivo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los principios generales de la carrera están dirigidos a la eficacia del criterio del mérito para acceder, permanecer o retirarse del empleo público y, por tal motivo, el artículo 125 superior establece al criterio del mérito como regla general.”⁸³

Por otra parte, la intervención de la Sala en esta oportunidad resulta de especial relevancia frente al asunto de fondo, en tanto que los escenarios que se analizan podrían dar lugar a un eventual detrimento de los recursos públicos.

Adicionalmente, cabe destacar que pese a la pretermisión de instancia, la Sala de Selección

insistió en la escogencia de este expediente para que fuera acumulado con el T-7.822.101, al considerar que, por presentar unidad de materia, debían ser fallados en un mismo proceso. Incluso, insistió en su selección para que fuesen fallados estos dos casos en una misma providencia, después de que en oficio del 16 de septiembre del año en cita, se le informó que el expediente T-7.650.952 ya registraba sentencia, por lo que no podrían ser acumulados como inicialmente lo había dispuesto esa Sala. De ahí que la misma Sala de Selección consideró necesario que prevaleciera el derecho sustancial sobre el procesal para que ambos casos fueran conocidos por esta Corte en sede de revisión. En esta misma línea, postergar la decisión de este solo caso relativo a la tutela del expediente T-7.787.552, podría derivar en una circunstancia de inseguridad jurídica frente al tipo de asuntos que deberá abordar la Corte respecto a esta cuestión.

Esto último también encuentra sentido a la luz del principio de economía procesal, respecto del cual la jurisprudencia de esta Corporación ha fijado su alcance y señalado que una “consecuencia de la aplicación de este principio (...) es la institución del saneamiento de las nulidades. En el Código, ésta se funda en la consideración de que el acto, aun siendo nulo, cumplió su finalidad. Que, en consecuencia, no se violó el derecho de defensa (...). En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad”⁸⁴. En esta medida, al ser competencia de la Sala Tercera de Revisión pronunciarse sobre dos casos con evidente similitud en los hechos que los fundamentan, se estaría aplazando la definición de uno de ellos de manera innecesaria.

1. Por consiguiente, la Sala también analizará el expediente T-7.787.552 en conjunto con el identificado con el número T-7.822.101, tal como lo dispuso la Sala de Selección Número Tres en auto del 18 de septiembre de 2020. Ahora bien, dada la entidad de la nulidad advertida por esta Corte, en la parte resolutive del fallo se procederá a llamar la atención de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín frente a la fundamentación del rechazo de los recursos de impugnación elevados por las dos entidades accionadas, la cual desconoce de manera evidente y flagrante la jurisprudencia constitucional sobre la legitimación en la representación judicial de las entidades públicas, así como el derecho de impugnación de una de las partes en el marco de un proceso

constitucional. Ello sumado a que al pretermittir una instancia su actuación generó una grave afectación del derecho al debido proceso -tanto del ICBF como de la CNSC-. En el caso que la Sala advierta que se repiten este tipo de actuaciones, procederá a compulsar copias para que se adelanten las investigaciones que correspondan.

Cosa juzgada constitucional

1. Por su parte, en cuanto a la posible configuración de una cosa juzgada constitucional respecto a la acción de amparo que ya había interpuesto el 13 de julio de 2018 el señor Rafael Araujo Ibarra, la Sala advierte que existen dos procesos de tutela sucesivos con aparente conexidad temática. Así las cosas, en aras de determinar la procedencia de la presente acción, inicialmente deberá entrar a examinar si, pese a la similitud de los casos, la interposición del segundo amparo tuvo lugar ante la ocurrencia de un hecho nuevo que demanda un pronunciamiento diferente por parte del juez de tutela o si, por el contrario, se trata de una demanda temeraria cobijada por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, caso en el cual, cabría la declaratoria de improcedencia de la acción.

1. Para resolver lo anterior, es preciso recordar que cuando ocurre la presentación de dos o más acciones de tutela de manera sucesiva o simultánea, podría generarse la declaratoria de la improcedencia de la acción si se advirtiera una cosa juzgada constitucional, o una actuación temeraria. Para ello, la autoridad judicial deberá verificar la existencia de una triple identidad, la cual se afinca en los siguientes supuestos:

“(i) una identidad en el objeto, es decir, que ‘las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental’; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a ‘que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa’; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”⁸⁵.

Es necesario resaltar que, aun cuando la temeridad y la cosa juzgada son conceptos distintos, se presentan hipótesis en que ambos pueden confluir. En la Sentencia T-537 de 2015, la Corte señaló:

“Así, por ejemplo, únicamente se presenta la temeridad, cuando se incurre en la presentación simultánea de dos o más solicitudes que presentan la triple identidad a la que se ha aludido, sin motivo que lo justifique y sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada. Por el contrario, existe cosa juzgada y temeridad, cuando se interpone una acción de amparo sobre una causa decidida previamente en otro proceso de igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud. En este último caso, sólo habrá lugar a la imposición de una sanción, como se explicó, cuando se acredite que el actuar de quien incurrió en dicha conducta es contrario a los postulados de la buena fe”.

Así pues, la cosa juzgada constitucional se presenta en el ejercicio sucesivo de dos o más acciones de tutela, respecto de las cuales se acredite esa triple identidad⁸⁶, escenario en el que se encuentran las circunstancias fácticas de la cuestión sub lite. En el trámite del mecanismo de amparo, por regla general, cuando el juez se pronuncia en una sentencia sobre un asunto y, posteriormente, la Corte no la selecciona para revisión, la decisión judicial sobre el caso se torna definitiva, inmutable y vinculante. En el escenario que se seleccione el caso en ejercicio de la facultad discrecional de revisión, la cosa juzgada se produce con la ejecutoria del fallo de esta Corporación⁸⁷.

1. De los antecedentes expuestos sobre el caso 1, el señor Rafael Araujo Ibarra presentó dos acciones de tutela de manera sucesiva en contra del ICBF y la CNSC. La primera se radicó el 13 de julio de 2018 y la segunda el 13 de septiembre de 2019. A continuación, se exponen los datos relevantes sobre cada una, a efectos de determinar si se cumplen los supuestos de la triple identidad y, por ende, se encuentra ante un escenario de temeridad o cosa juzgada constitucional:

Primera acción de tutela

(13-07-18)

Segunda acción de tutela

Partes

Accionante: Rafael Araujo Ibarra

Accionados: ICBF y CNSC

Accionante: Rafael Araujo Ibarra

Accionados: ICBF y CNSC

Derechos invocados y pretensiones

Derechos fundamentales frente a los que solicitó amparo: Acceso a cargos públicos por el mérito, trabajo, igualdad, debido proceso, buena fe y confianza legítima.

Petición: Proceder “a efectuar su nombramiento en periodo de prueba en la otra vacante de Técnico administrativo, grado 11 OPEC 35880 ubicado en la regional Cesar, sede Valledupar del ICBF, en virtud de la ampliación especificada por el Decreto 1479 de 2017, ya que es el segundo en la lista territorial de elegibles, y por tanto, tiene derecho de preferencia a ser nombrado.”

Derechos fundamentales frente a los que solicitó amparo: Acceso a la carrera administrativa en virtud del mérito, igualdad, trabajo, y confianza legítima.

Petición: Aplicar de manera retrospectiva el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, se proceda a su nombramiento en el cargo vacante creado por el Decreto 1479 de 2017 para el empleo denominado Técnico administrativo, Grado 11, Código 3124. De manera subsidiaria, agregó como pretensión que, si lo anterior no era posible, que fuese nombrado “de manera provisional”⁸⁸ en el mismo cargo.

Hechos relevantes

El actor considera que el ICBF vulneró sus derechos fundamentales ante la negativa de nombrarlo en periodo de prueba en la nueva vacante creada por el Decreto 1479 de 2017, a la cual tiene derecho por encontrarse vigente su lista de elegibles para un cargo igual, y ser el primero en el orden de mérito luego de que se hubiese nombrado a quien obtuvo el mayor puntaje en las pruebas de la Convocatoria 433 de 2016. De ahí que, en virtud del derecho de preferencia, era procedente ordenar su nombramiento.

El tutelante se fundamenta en las mismas circunstancias fácticas, sin embargo, ahora la justificación de la solicitud de amparo recae en que su derecho a ser nombrado en el cargo creado por el Decreto 1479 de 2017 surge de la expedición de la Ley 1960 de 2019, la cual puede ser aplicada de manera retrospectiva a las listas de elegibles en firme al momento de su entrada en vigor (27 de junio de 2019).

1. De lo anterior no se acredita una triple identidad. Sin perjuicio de que ambos mecanismos de amparo constitucional fueron promovidos por el mismo actor y en contra de las mismas entidades públicas (identidad de partes), se diferencian en las pretensiones y en los hechos que dieron lugar al ejercicio del derecho de acción. Tal como lo menciona el Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, la promulgación de la Ley 1960 de 2019 constituye un nuevo hecho que no fue estudiado para fallar la tutela inicial. En esa medida, la pretensión del trámite que se revisa en esta oportunidad precisamente está encaminada a la aplicación retrospectiva de esta nueva normativa, en la que se permite el uso de las listas de elegibles vigentes para proveer vacantes definitivas que surjan con posterioridad a la convocatoria, aunque esos cargos no hubiesen sido ofertados inicialmente.

Por consiguiente, en línea con lo advertido por el juez de instancia, la Sala considera que en esta oportunidad no se configura ni una cosa juzgada constitucional, ni una actuación temeraria, por lo que es posible conocer de este asunto.

1. En suma, por las consideraciones hasta aquí mencionadas, la Sala anota que, luego de este análisis previo relativo al trámite de tutela del Caso 1, el amparo no se torna

improcedente por una posible cosa juzgada o actuación temeraria. De ahí que, es posible realizar el análisis del caso, iniciando por el examen de procedibilidad al que se somete todo mecanismo de amparo constitucional.

Examen de procedencia

1. Antes de seguir con el correspondiente estudio de fondo de los casos planteados, es pertinente analizar si aquellos cumplen los requisitos generales de procedencia que se desprenden del propio artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991.

1. Legitimación en la causa por activa. El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. En los dos casos en estudio se encuentra que, por un lado, el señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra y por otro, la señora Jessica Lorena Reyes Contreras presentaron, de manera personal y en su calidad de titulares de los derechos fundamentales que consideran vulnerados, las acciones de tutela que se revisan. En tal sentido, ambos están legitimados en la causa para perseguir el amparo de sus propios intereses.

1. Legitimación en la causa por pasiva. Conforme lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo “procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas”, si aquellas causan la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que, en este punto, es necesario verificar si las entidades presuntamente trasgresoras de las prerrogativas de un individuo tienen la “aptitud legal” para responder por aquella violación, en caso de que la misma se compruebe en el desarrollo del proceso⁸⁹.

Así las cosas, en lo que corresponde al sub judice, de una parte, el ICBF es un establecimiento público y como tal una entidad descentralizada del orden nacional que, a

partir del Decreto 4156 de 2011, se encuentra adscrito o vinculado al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Está facultado para gestionar su planta de personal, toda vez que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa⁹⁰ y, por ende, tiene competencia para responder por las pretensiones de los tutelantes, quienes solicitan ser nombrados en dos de sus plazas.

De otra parte, la CNSC es un órgano que inicialmente fue creado por la Ley 19 de 1958, luego elevado a la categoría de órgano constitucional en los términos del artículo 130 de la Constitución⁹¹ y que organizado por la Ley 909 de 2004 como una entidad autónoma en la estructura del Estado, con personería jurídica y autonomía administrativa, sin formar parte de ninguna de las ramas u organizaciones del poder público, busca la “garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público”⁹². En el ejercicio de sus funciones, adelantó la Convocatoria 433 de 2016, de la que hicieron parte los accionantes en estas causas, y está legitimada para responder, particularmente, por el uso de las listas de elegibles, adoptadas en las Resoluciones No. 20182230040835 del 26 de abril de 2018 y 20182230052225 del 22 de mayo de 2018, en las que se encuentran incluidos los tutelantes y respecto de las cuales se exige que sean utilizadas para las nuevas vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017. De lo expuesto se concluye que se supera el requisito de legitimación por pasiva.

1. Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo a través del cual se busca la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente conculcado⁹³. En ambos casos, se cumple con esta exigencia. En efecto, los accionantes sitúan el origen de la vulneración en el hecho de que las autoridades accionadas no los hayan nombrado en los cargos Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11 y Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, respectivamente, dando aplicación retrospectiva al artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. Así entonces, el hecho generador de la presunta vulneración no es una acción propiamente dicha, sino una omisión que seguía presentándose al momento en que cada uno de los actores instauró la tutela. Esto es, que las listas de elegibles contenidas en las Resoluciones CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018 y CNSC -20182230052225 del 22 de mayo de 2018 no habían sido utilizadas para proveer las nuevas vacantes que por de esos tipos de empleos se habían creado con el Decreto 1479 de 2017.

Así las cosas, la norma cuya aplicación se pretende fue sancionada el 27 de junio de 2019 y que, entre ese momento y la instauración de los dos recursos de amparo, solo transcurrieron (i) 2 meses y 17 días, en el caso del señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra⁹⁴; y (ii) 2 meses y 20 días, en el caso de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras⁹⁵. Tiempo que esta Sala estima prudencial y razonable para superar esta exigencia de procedencia. No sobra recalcar que antes de la emisión de la Ley 1960 de 2019 el ejercicio de las acciones que se estudian era imposible, aun cuando las listas de elegibles donde los actores ocuparon el segundo lugar fueron emitidas en abril y mayo del 2018.

Respecto de las vinculadas Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate, no es posible realizar este examen en tanto que fueron vinculadas en sede de revisión como consecuencia directa de haber sido beneficiadas y nombradas por los efectos inter comunis ordenados en la sentencia de segunda instancia dentro del expediente T-7.822.101.

1. Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos⁹⁸. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio⁹⁹. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente¹⁰⁰.

1. Vistos los hechos probados que rodean ambos casos, la Sala estima que, por lo menos a primera vista, era deber de los actores acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirimiera el conflicto suscitado. En efecto, ambos tutelantes, al momento en que instauran sus respectivas acciones de tutela, cuestionaron, por lo menos,

dos decisiones de la CNSC, a saber:

Primera, la Resolución No. CNSC-20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por medio de la cual esa autoridad dispuso revocar el artículo 4 de los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016. Con esto, siguiendo lo dispuesto en el Decreto 1894 de 2012, definió que tales listas solo podían ser usadas para proveer las vacantes inicialmente ofertadas en el concurso, y no otras. Esta decisión pudo afectar a quienes participaron de la Convocatoria antedicha, entre quienes se encontraban los accionantes de las dos causas que se estudian, porque con ello la administración presuntamente se negó a permitirles el acceso a los empleos creados con el Decreto 1479 de 2017.

Segunda, la determinación de la CNSC que se atacó fue el Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, del 1 de agosto de 2019. Allí se determinó, por parte de la Sala Plena de la Comisión, que los acuerdos de convocatoria que se hubiesen aprobado antes de la entrada en vigencia de esa norma debían regirse por la regulación anterior y, en tal caso, las listas de elegibles que de ellas emanen solo pueden ser usadas para las vacantes ofertadas en esos mismos acuerdos, decisión que sería contraria a los intereses de los actores.

Específicamente, en lo que se refiere al Criterio Unificado referido, esta Sala entiende que aquel no era simplemente un concepto, en tanto contenía una decisión propiamente dicha sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en convocatorias aprobadas con anterioridad a la misma. En ese sentido, tuvo efectos jurídicos que afectaban, directamente, a un grupo determinado de personas que esperaban la aplicación retrospectiva de esa norma a efectos de acceder a los cargos creados en el Decreto 1479 de 2017. Sobre el particular, es necesario resaltar que esta Corporación, en anteriores oportunidades, se ha referido a la diferencia que existe entre un acto administrativo y un concepto de la administración. La Sentencia C-542 de 2005, parafraseando lo contenido en la Sentencia C-487 de 1996, señaló que:

“El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas

que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo. // (...) Cuando el concepto emitido por la Administración se relaciona con tal actividad autorreguladora, entonces, dice la Corte, “se impone su exigencia a terceros.” En esta línea de argumentación, tales conceptos bien podrían considerarse como actos administrativos con los efectos jurídicos que todo acto administrativo trae consigo. Este acto administrativo según la Corte, ostentaría una naturaleza “igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio”.

Teniendo claras estas diferencias, la Sala reitera que el denominado Criterio Unificado es un verdadero acto administrativo y, por ello, podía ser atacado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto porque, como ya se dijo, tuvo consecuencias jurídicas y afectó los intereses de un grupo específico. Además, toda vez que fue proferido por la Sala Plena de Comisionados, en ejercicio de sus funciones legales, previstas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004¹⁰¹, su seguimiento era imperativo y no facultativo. Esto es, no existía la opción de no acogerlo o de ir en contra de lo allí establecido¹⁰².

1. De lo anterior, no cabe duda que ambas manifestaciones constituían propiamente actos administrativos de carácter general y abstracto, susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de que se declarara su nulidad en los términos del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011¹⁰³.

1. Ahora bien, un proceso judicial ante la jurisdicción contenciosa es ciertamente más dispendioso que el previsto para tramitar una acción de tutela¹⁰⁴, pero esta simple consideración no hace ineficaz ese medio judicial principal. En virtud de lo previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, los procesos declarativos de dicha jurisdicción involucran la posibilidad de medidas cautelares con las cuales se puede alcanzar la protección del

objeto del proceso, ya sea por solicitud de las partes y/o decretadas de oficio por el juez.

La condición de procedencia de esas medidas está contenida en el primer inciso del artículo 231 de la misma norma, según el cual “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

1. Con todo, la Sala advierte que, siguiendo consideraciones similares a las expuestas en la Sentencia T-340 de 2020, en los casos sometidos a estudio, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pudo ser ineficaz para los actores debido a las condiciones en que se encontraba cada uno. En concreto, cuando aquellos acudieron al juez constitucional solicitando el amparo de sus derechos, las listas de elegibles en las que figuraban estaban próximas a perder vigencia.

Recuérdese que, en el caso del señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra, la lista No. 20182230052225 del 22 de mayo de 2018 estuvo vigente hasta el 5 de junio de 2020 y respecto de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, así como las vinculadas, la lista No. 20182230040835 del 26 de abril de 2018 estuvo vigente hasta el 8 de mayo de 2020.

En tal sentido era probable que, de haber acudido a la jurisdicción contenciosa, para el momento en que se hubiere emitido sentencia y en caso de que la misma hubiese sido favorable a los intereses de los tutelantes, aquella no habría tenido más que una finalidad resarcitoria. Esto porque, para ese momento, seguramente ya habrían perdido vigencia las listas y, por tanto, la expectativa de ser nombrados en los cargos pretendidos se habría visto frustrada.

Además, las medidas cautelares que allí pudieron solicitarse tampoco podían entenderse efectivas. Esto porque, como se advirtió (supra 5), tales medidas solo proceden cuando se avizore una posible violación de la ley por parte del acto administrativo. En los casos bajo examen, no se encuentra que esa referida violación sea manifiesta, clara o evidente. De hecho, acceder (o no) a lo pretendido pasa por establecer si la Ley 1960 de 2019 debe o no

ser aplicada, con carácter retrospectivo, a los procesos de selección convocados antes de su entrada en vigencia. Esto es lo que habría que resolver, de manera que la interpretación esgrimida por la CNSC no es, por lo menos prima facie, violatoria de una ley sustancial. Asimismo, en estos casos no era posible solicitar una medida conservativa¹⁰⁵ ni exigir una cierta decisión administrativa de carácter anticipado, porque, primero, no existía para ellos un daño inminente y, segundo, establecer los alcances de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo es, precisamente, la controversia de fondo. De allí que haberlos conminado en este preciso caso a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo habría sido desproporcionado.

Problema jurídico y esquema de resolución

1. Teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la acción de tutela, los fallos de instancia y material probatorio recogido en sede de revisión, la Sala deberá determinar si el ICBF y la CNSC vulneraron los derechos al trabajo en relación con el mérito y al acceso y ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de no utilizar las listas de elegibles en las que se encontraban el señor Rafael Araujo Ibarra (Resolución No. CNSC-20182230052225 del 22 de mayo de 2018) y la señora Jessica Lorena Reyes Contreras (Resolución No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018), en virtud de una aplicación retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para proveer los cargos de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11 y Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, respectivamente, los cuales habían sido creados con el Decreto 1479 de 2017.

1. Para resolver el anterior interrogante, (i) se reiterará la jurisprudencia en torno al principio del mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución; (ii) se expondrán las reglas para la provisión de empleos de carrera, la modificación incluida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y la discusión sobre su aplicación en el tiempo de conformidad con la decisión adoptada por esta Corporación en la Sentencia T-340 de 2020; y (iii) se aclarará respecto de la competencia en cabeza de la Corte Constitucional para extender los efectos de las sentencias de tutela; y, finalmente (iv) se procederá con el estudio de los casos en concreto.

i. El principio del mérito en la Constitución Política

1. El artículo 125 de la Constitución Política establece que,

“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 o la ley, serán nombrados por 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. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley (...)”.

Sin perjuicio de la decisión popular adoptada en el plebiscito del 1 de diciembre de 1957, con el artículo 125 de la Constitución Política expedida en 1991, se elevó a rango constitucional el principio del mérito para la designación y promoción de los servidores públicos. En esa medida, el nombramiento en cargos públicos se realiza, por regla general, en virtud del examen de las capacidades y aptitudes de una persona a través de un concurso público, como mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito, el cual, precisamente con fundamento en la voluntad popular de 1957 y que fue reiterada por el Constituyente en 1991, ha sido entendido como un eje temático definitorio o sustancial de la Constitución Política¹⁰⁶. Así pues, su fundamento aparece en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 0247 del 4 de octubre de 1957, en el que, pese a la dinámica partidista en la que estaba inserto, disponía que “en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o si destitución o promoción.”

1. De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, la parte orgánica del Texto Superior se

determina y se encuentra en función de la parte dogmática del mismo¹⁰⁷. Este supuesto se traduce en que la estructura del Estado debe responder y garantizar los principios, fines y derechos consagrados en la Constitución. Con fundamento en esto, el artículo 209 de la Constitución determina que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”. En concreto, la efectiva y eficiente prestación del servicio, orientada a la satisfacción de los intereses públicos, supone que la provisión de cargos se realice con fundamento en el principio del mérito¹⁰⁸.

Entonces, salvo que la Constitución o la ley determinen expresamente para la provisión del cargo alguna de las otras modalidades¹⁰⁹, está deberá realizarse por medio de un proceso de selección. Esta exigencia superior tiene como finalidad:

“(i) contar con una planta de personal idónea y capacitada que brinde sus servicios de acuerdo a lo solicitado por el interés general; (ii) tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación, los cuales garanticen los mejores índices de resultados y; (iii) garantizar que la administración esté conformada con personas aptas tanto en el aspecto profesional como de idoneidad moral, para que el cargo y las funciones que desempeñen sean conforme a los objetivos que espera el interés general por parte de los empleados que prestan sus servicios al Estado. // Conforme a lo anterior, esta Corporación ha indicado que al institucionalizar e implementar el régimen de carrera se pretende garantizar la idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para lograr los fines y objetivos del Estado Constitucional de Derecho tales como servir a la comunidad, satisfacer el interés general y la efectividad de principios, valores, derechos y deberes contenidos en la Constitución y de esta manera evitar vicios como el clientelismo, favoritismo y nepotismo para conseguir que se logre modernizar y racionalizar el Estado”¹¹⁰.

1. Bajo este panorama, el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, determina como criterios básicos que orientan la aplicación del principio del mérito a efectos de que se logre la satisfacción de los intereses colectivos y la efectiva prestación del servicio público, los siguientes:

“a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública

que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;

b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;

c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;

d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia”.

1. Adicionalmente, el sistema del mérito tiene como propósito específico procurar la igualdad de trato y oportunidades, de manera que los mejores calificados sean quienes ocupen los cargos públicos. En efecto, esta forma permite la participación de cualquier persona que cumpla con los requisitos del empleo, en un esquema en el que no se permiten tratos diferenciados injustificados, y cuyos resultados se obtienen a partir de procedimientos previamente parametrizados¹¹¹. Incluso, la aplicación de este método “permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes”¹¹².

i. Reglas generales para la provisión de vacantes. Modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019

1. El principio del mérito se concreta en la creación de sistemas técnicos de carrera administrativa para asegurar que el ingreso a ella se realice en observancia de parámetros y garantías objetivas, de manera que responda precisamente a las exigencias del mérito¹¹³. Para ello, las reglas generales que guían estos procesos se encuentran en la Ley 909 de 2004¹¹⁴ y el Decreto 1083 de 2015¹¹⁵.

1. El artículo 31 de la Ley 909 de 2004 dispone que los procesos de selección o los concursos se componen por las siguientes etapas:

“1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del 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.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.// Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y

conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

PARÁGRAFO. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos” (énfasis propio).

1. Teniendo en cuenta estas etapas, las pruebas que se realizan están dirigidas a identificar las cualidades, calidad y competencias de los candidatos, con el fin de determinar la idoneidad y aptitud para ejercer las funciones específicas de un cargo público. Con los puntajes obtenidos en tales pruebas, en orden descendente, se conforman las listas de elegibles con los nombres de quienes podrán ser nombrados en los cargos vacantes u ocupados en provisionalidad¹¹⁶. Estas listas son actos administrativos de contenido particular proferidos por la CNSC¹¹⁷, de naturaleza plural en tanto que lo integra un conjunto de destinatarios¹¹⁸.

Los derechos que se adquieren tienen una vocación transitoria dado que la ley les otorga una vigencia de dos años. La consolidación del derecho se diferencia dependiendo del lugar que ocupan en las listas de elegibles, en consideración al número de cargos que fueron convocados y serán provistos por ese acto administrativo. Es decir, no se encuentran en la misma situación jurídica de quienes se encuentran en los lugares de la lista de elegibles que corresponden con el número de cargos convocados, a quienes exceden ese número de plazas.

Quienes se encuentran en el primer escenario -los primeros lugares según las plazas ofertadas- tienen un derecho subjetivo a ser nombrados en periodo de prueba en el cargo para el que concursaron, razón por la cual, se entiende que éstos se encuentran en una mejor situación jurídica que los participantes que si bien están en la lista no alcanzan a ocupar una de las vacantes ofertadas, pues estos, solo tienen una mera expectativa de ser nombrados¹¹⁹.

1. Al respecto, téngase en cuenta lo dicho por la Corte en la Sentencia C-084 de 2018, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad promovida en contra de la Ley 1821 de 2016, “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas” y en relación con la tensión que se presentó frente al concurso de notarios previsto en el Acuerdo 001 de 2015, los cuales habiendo ocupado los primeros puestos no pudieron ser vinculados en tanto que el legislador amplió la edad de retiro forzoso y, en consecuencia, se eliminaron algunas de las plazas previstas en el concurso. En el citado fallo, la Corte fundamentó la exequibilidad de la disposición acusada en lo siguiente:

“Con sujeción a lo anterior, y frente al caso en concreto, se afirma que la convocatoria a un concurso ‘se hace señalando los cargos que van a ser llamados a proveer y excepcionalmente se realizará una lista de elegibles indicando que los cargos que queden vacantes en el transcurso de un tiempo límite serán ocupados por quienes continúan en el orden descendente de puntaje.’ Para el legislador, mientras la primera situación genera derechos ciertos a quienes concursaron y obtuvieron el primer puesto en la lista de elegibles, en la segunda hipótesis ‘el nombramiento se deja sometido a una condición o a la generación de un hecho posterior, caso en el cual no se trata de derechos adquiridos, si no de meras expectativas, las cuales pueden ser modificadas por el legislador, siempre atendiendo [a] los parámetros de justicia y equidad contemplados en nuestra Carta Política’.”

Mas adelante, en esa misma providencia, se concluyó que:

1. En el texto original del numeral 4 del precitado artículo 31 de la Ley 909 de 2004, los integrantes de las listas de elegibles tenían derecho a ser nombrados durante ese periodo de tiempo en las vacantes que se generaran respecto de los cargos frente a los cuales se había dado la oferta pública¹²⁰. Con la modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019¹²¹, la posibilidad de utilizar las listas vigentes también se extiende a “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”.

En este mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 que reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, en el parágrafo 1 disponía: “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 de la Ley 909 de 2004". Esto fue luego modificado por el Gobierno Nacional en el Decreto 498 de 2020¹²², cuyo parágrafo 1 ahora también admite que las listas sean "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 de la Ley 909 de 2004".

1. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala estima necesario ahondar en el concepto de vacancia definitiva, con miras a examinar el alcance del ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. De conformidad con el Capítulo 2 del Título 5 del Decreto 1083 de 2015, las vacancias de los empleos son definitivas o temporales.

Las definitivas están relacionadas con personas que se apartan de su cargo y estaban nombradas en propiedad en consideración a sus derechos de carrera. De conformidad con el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015, la vacancia definitiva se genera en los siguientes supuestos:

"1. Por renuncia regularmente aceptada. // 2. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción. // 3. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa. // 4. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional. // 5. Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario. // 6. Por revocatoria del nombramiento. // 7. Por invalidez absoluta. // 8. Por estar gozando de pensión. // 9. Por edad de retiro forzoso. // 10. Por traslado. // 11. Por declaratoria de nulidad del nombramiento por decisión judicial o en los casos en que la vacancia se ordene judicialmente. // 12. Por declaratoria de abandono del empleo. // 13. Por muerte. // 14. Por terminación del período para el cual fue nombrado. // 15. Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

Por su parte, de acuerdo con el artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, la vacancia temporal se genera cuando el titular deba alejarse temporalmente en alguna de las siguientes situaciones administrativas: “1. Vacaciones. //2. Licencia. // 3. Permiso remunerado. // 4. Comisión, salvo en la de servicios al interior. // 5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular. // 6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. // 7. Período de prueba en otro empleo de carrera”.

1. En relación con la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, esta Corporación profirió la Sentencia T-340 de 2020. En este fallo se analizó el caso de una mujer que había participado en la Convocatoria 433 de 2016 para proveer dos vacantes en el sistema general de carrera del ICBF denominadas Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil (Santander), y solicitaba ser nombrada en una vacancia definitiva que se había dado en un cargo equivalente no ofertado por renuncia de su titular. La Sala Tercera de Revisión decidió confirmar la sentencia de segunda instancia en la que se amparaban los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y a la confianza legítima, y se ordenaba que la tutelante fuera nombrada y posesionada en periodo de prueba en el cargo solicitado.

1. Como fundamento de este fallo, la Corte señaló que la modificación de la Ley 1960 de 2019 en relación con la aplicación de las listas de elegibles para proveer vacantes no convocadas, supone una regulación de la situación jurídica no consolidada de las personas con un lugar en la lista que excedía las plazas inicialmente ofertadas. En particular, si bien ello no se traduce en un derecho subjetivo a ser nombrados, extiende la expectativa a otro supuesto de hecho para que, bajo la condición de que si se abre una vacante definitiva en un cargo equivalente al ofertado, la lista de elegibles -si se encuentra vigente- pueda ser utilizada para nombrar en periodo de prueba al siguiente en el orden de mérito.

1. Teniendo en cuenta que en este escenario no se generaba una situación jurídica consolidada, era plausible una aplicación retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019,

a las listas de elegibles que ya se hubiesen expedido y se encontraran vigentes para el 27 de junio del año en cita (cuando se profirió la mencionada ley). Lo anterior, siempre que se acreditaran los siguientes supuestos fácticos:

a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).

b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrara vigente.

c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.

d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.

e. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.

1. Este último requisito debe ser interpretado de conformidad con el Criterio Unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” proferido por la CNSC el 22 de septiembre de 2020 para indicar que por empleo equivalente se entiende “aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tenga grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles”¹²³.

1. Con el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 se extendió la regla para la utilización de las listas de elegibles frente a las vacantes definitivas no convocadas de cargos equivalentes que surgieran con posterioridad a la realización del concurso. A partir de la Sentencia T-340 de 2020, se admitió la aplicación retrospectiva de esta nueva disposición normativa para las

listas de elegibles que estuviesen en firme al momento de su entrada en vigor (27 de junio de 2019), siempre que se comprobara que se encontraba vigente.

1. En suma, (i) el principio del mérito es el que garantiza la excelencia y profesionalización en la prestación del servicio público, para que responda y permita materializar los fines del Estado; (ii) la concreción de esta garantía constitucional se da a través de la provisión de los cargos de carrera administrativa por medio de procesos de selección o concursos públicos que son administrados, generalmente, por la CNSC; (iii) en el marco de estos concursos se profieren unos actos administrativos denominados listas de elegibles, en las cuales se consignan en estricto orden de mérito los nombres de las personas que superaron las pruebas del proceso, con miras a ser nombrados en las vacantes ofertadas, en principio, estas solo podían ser utilizadas para proveer las vacantes definitivas que se abrieran en los empleos inicialmente convocados; (iv) no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante definitiva para ser designado, por lo que los demás participantes tan solo tendrán una expectativa; (v) en el marco de la Ley 1960 de 2019 es posible extender una lista de elegibles vigente para proveer cargos equivalentes, esto es, que corresponda a la denominación, grado, código y asignación básica del inicialmente ofertado.

i. Sobre la extensión de efectos de las sentencias de tutela: Efectos inter pares e inter comunis

1. En concordancia con los artículos 48 de la Ley 270 de 1996¹²⁴ y el 36 del Decreto 2591 de 1991, los efectos de los fallos de tutela tienen efectos inter partes. Esto quiere decir que solo se surten consecuencias jurídicas sobre la decisión adoptada por la autoridad judicial de quienes sean partes, o hubiesen sido vinculados como terceros con interés. No obstante, de manera excepcional, esta Corte ha admitido la modulación de los efectos de las providencias de amparo a partir de dos dispositivos amplificadores como lo son los efectos inter comunis y

los inter pares.

1. Los efectos inter comunis son adoptados por esta Corte cuando se advierte que, si bien existe un grupo de personas que no ha solicitado la tutela de sus derechos, al encontrarse en circunstancias comunes a las del actor, deben ser tratados de forma paritaria. De modo que la decisión, proferida en el marco de la acción de tutela que aquel promovió, también los cobija. La Sentencia SU-1023 de 2001, sobre el particular, definió a estos efectos como aquellos que excepcionalmente se extienden a terceros que “se encuentran igualmente afectados por la situación de hecho o de derecho que lo motivó [el recurso de amparo], producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales”¹²⁵.

1. Por lo demás, los efectos inter pares comparten la misma finalidad con los inter comunis: propiciar un trato igualitario entre quienes acuden a la acción de tutela y quienes, por alguna circunstancia, dejan de hacerlo. La jurisprudencia constitucional ha advertido que este también es un mecanismo amplificador al que se puede acudir “cuando frente a un problema jurídico determinado [la Corte] considera que existe una única respuesta válida de conformidad con los mandatos constitucionales, la cual debe aplicarse en todos los casos similares sin excepción alguna. En este sentido, debe llamarse la atención de que la regla jurisprudencial fijada para solucionar la controversia puede estar fundada en: (i) una excepción de inconstitucionalidad, o (ii) en una interpretación determinada de un conjunto de normas para un escenario factico específico”¹²⁷.

1. En la Sentencia SU-349 de 2019, la Sala Plena de la Corte Constitucional conoció sobre una acción de tutela promovida por 18 extrabajadores de Termotasajero S.A. E.S.P en contra de decisiones de la Corte Suprema de Justicia en la que se les revocaron los incrementos convencionales que se les habían otorgado por el Tribunal Superior de Cúcuta en el marco de un proceso ordinario laboral. En esta oportunidad, una de las pretensiones de lo tutelantes

era que la empresa accionada procediera con la extensión de efectos de las Sentencias T-936 de 2013 y T-658 de 2013. Al respecto, la Corte señaló que la tutela era improcedente, toda vez que no cumplía con el requisito de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que esta empresa privada no tenía la competencia jurídica para ampliar los efectos de las sentencias de tutela. Al contrario, recordó:

“[E]s claro que, por disposición legal, la decisión y órdenes contenidas en la parte resolutive de las sentencias de tutela siempre tienen efectos “inter partes”. Sólo en casos excepcionales es posible hacerlos extensivos a otros sujetos, por vía del establecimiento de los efectos “inter comunis” o “inter pares”. El uso de estos “dispositivos amplificadores” es una competencia reservada a las autoridades judiciales que adoptan las providencias. Particularmente, como se vio, la jurisprudencia vigente ha establecido que la determinación y aplicación de estas figuras están autorizadas únicamente a la Corte Constitucional” (énfasis propio).

i. El ICBF y la CNSC no desconocieron los derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos de los accionantes al no aplicar retrospectivamente el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019

1. En esta oportunidad la Sala Tercera revisa los fallos de tutela proferidos en el marco de las acciones promovidas por dos personas que concursaron en la Convocatoria 433 de 2016, la cual fue organizada por la CNSC para proveer 2.470 cargos de carrera en el ICBF. En el caso 1, el accionante se inscribió para optar por la vacante del empleo denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, Código OPEC No. 35880. En el caso 2, la actora concursó por la vacante del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, Código OPEC No. 39958. Ambos accionantes realizaron las pruebas del proceso y, producto del puntaje obtenido, fueron ubicados en el segundo lugar de la respectiva lista de elegibles para proveer una vacante ofertada del cargo ya mencionado. Las personas respecto de las que se configuraba un derecho subjetivo fueron nombradas por el ICBF.

El 27 de junio de 2019 se profirió la Ley 1960, que en su artículo 6 modificó el numeral 4 del

artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y extendió el supuesto en que podían ser utilizadas las listas de elegibles vigentes para que ya no se limitaran a proveer las vacantes de los cargos ofertados, sino también para “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”. Con fundamento en esta norma, los accionantes interpusieron acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales con el fin de que sus listas de elegibles fueran utilizadas para proveer los cargos nuevos creados por el Decreto 1479 de 2017, en virtud de una aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

1. Como se mencionó en el acápite de antecedentes, en el caso 1 se profirió decisión por el Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en la que amparó los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al acceso a cargos públicos y a la confianza legítima, y ordenó al ICBF nombrar y posesionar en periodo de prueba al señor Araujo Ibarra en el cargo Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, al considerar que era procedente la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

En el caso 2, en primera instancia, el Juzgado Veintiuno Contencioso Administrativo Oral del Circuito de Cali decidió negar el amparo, en tanto que la lista de elegibles solo tiene como vocación la provisión de empleos que hubiesen sido objeto de la convocatoria. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca revocó la anterior decisión y, en su lugar, amparó los derechos a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras. A su vez, (i) otorgó efectos inter comunis a la decisión y la extendió a las otras dos personas que también conformaban la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018; (ii) ordenó a la CNSC que procediera a ofertar los 49 cargos creados por el Decreto 1479 de 2017 con denominación Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, permitiendo que quienes conforman la mencionada lista optaran, y que elaborara una nueva lista de elegibles para realizar el nombramiento de estas personas; y (iii) al ICBF que una vez agotado lo anterior, procediera con la posesión de estas personas.

1. Bajo este panorama, la Sala debe resolver si el ICBF y la CNSC vulneraron los derechos al

trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos cuando no utilizaron las listas de elegibles contenidas en las resoluciones No. CNSC-20182230052225 del 22 de mayo de 2018 y No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018 para proveer las nuevas vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, en virtud de una aplicación retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

1. A efectos de resolver lo anterior, la Corte debe verificar si se acreditan los supuestos fácticos fijados por la Sentencia T-340 de 2019 para considerar que procede una aplicación retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, esto es:

a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).

b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrara vigente.

c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.

d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.

e. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.

1. En principio, la Sala anota que frente a los requisitos a, b y c los dos casos analizados no presentan novedad alguna. Sin embargo, en particular respecto del literal e, es necesario ahondar en si los cargos creados por el Decreto 1479 de 2017 y en los que aspiraban ser nombrados pueden ser considerados equivalentes.

1. Sobre el particular, la Sala advierte que al analizar este tipo de controversias los jueces de tutela tienen la carga de revisar si, en el marco de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 la listas de elegibles en firme al momento de su entrada en vigor para que sean usadas en vacancias definitivas de cargos equivalentes no convocados, realmente se trata de un empleo que cumple con todas las características que han sido determinadas por la CNSC para tal efecto. De no hacerlo y ordenar el nombramiento a una persona con funciones esencialmente diferentes al cargo inicial por el que se concursó, puede resultar, como se mencionó, un sacrificio del principio constitucional del mérito. En efecto, no se cumpliría con una de las finalidades transversales de esta garantía superior como lo es contar con una planta de personal idónea y capacitada que presta sus servicios con experiencia y conocimiento en pro de los intereses generales.

1. Así las cosas, a diferencia del caso analizado por esta Corporación en la Sentencia T-340 de 2020, en esta oportunidad, se observa que los cargos nuevos en los que aspiraban a ser nombrados tanto el señor Rafael Araujo Ibarra, como las señoras Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate no pueden ser considerados equivalentes, de conformidad con la información que se expone a continuación:

En el Expediente T-7.787.552 (Caso 1)

Rafael Eduardo Araujo Ibarra

Cargo al que aspiró

Cargo en el que fue nombrado

Cumple

Denominación

Técnico administrativo

Técnico administrativo

Sí

Grado

11

11

Sí

Código

3124

3124

Asignación básica

\$1.490.437 (ofertada)

\$1.747.269 (para 2019)

No128

Rol o perfil

Dar apoyo técnico en el diseño, aplicación, instalación, actualización y operación de los procesos y procedimientos propios del área, teniendo en cuenta necesidades del servicio, normas y lineamientos institucionales, con el fin de contribuir al logro de los objetivos y propósitos institucionales¹²⁹.

Prestar servicios de apoyo a la gestión para el registro de las actuaciones que adelantan los profesionales que integran las Defensorías de Familia de la Dirección Regional, en el sistema de información misional – SIM, así como de los contratos de los operadores de servicios de protección en el módulo unidades de servicios¹³⁰.

No

Ubicación geográfica

Centro zonal de Valledupar

Centro zonal de Valledupar

Sí

1. Del anterior cuadro es claro que, aun cuando la denominación, grado, código y ubicación geográfica coinciden, el rol o perfil exigido para el cargo no sería equivalente.

En el Expediente T-7.822.101 (Caso 2)

1. En el escrito con el que dio respuesta al auto de pruebas proferido por el magistrado sustanciador el 3 de noviembre de 2020, la CNSC puso en conocimiento a esta Sala que en relación con el Auto 0442 del 26 de junio de 2020¹³¹,

“[S]e conformó y adoptó la Lista de Elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo del Nivel Profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, precisando que ninguna de las elegibles cumplía con los perfiles establecidos para los empleos elegidos, más allá de la coincidencia en el nivel, la denominación, el código y el grado, pues los roles establecidos para esos empleos son distintos a los elegidos inicialmente por las referidas aspirantes, de ahí es que deviene la necesidad de clarificar que las aspirantes se inscriben para un empleo porque cumplen con el perfil pero que con ocasión de la orden judicial[,] las entidades tienen que cumplir desconociendo los parámetros legales para la provisión del empleo, siendo esa una de las causas de la demora en el cumplimiento de la orden judicial”¹³² (énfasis propio).

1. Con el fin de abordar esta circunstancia, cabe recordar que, con el fallo de segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca otorgó a su decisión efectos inter comunis a favor de las personas que figuraban en la lista de elegibles de la señora Reyes

Contreras (Resolución No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018) para proveer una sola vacante.

Como resultado de esto la señora Reyes Contreras fue incluida en una nueva lista de elegibles proferida por la CNSC en el Auto 0442 del 26 de junio de 2020¹³³, junto con los nombres de las señoras Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate Cabrera, quienes ocupaban los restantes lugares 3 y 4 de la lista de elegibles inicial. Estas 3 mujeres fueron consultadas sobre las vacantes por las que optarían de los 49 cargos creados por el Decreto 1479 de 2017 que correspondían con la denominación Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8. En respuestas enviadas por separado, cada una indicó a la CNSC sobre su preferencia¹³⁴. A través de la Resolución 4125 del 10 de julio de 2020, fueron nombradas en el cargo por ellas seleccionado¹³⁵.

A continuación, se encuentra la información contrastada del cargo al que concursaron inicialmente, y aquellos en los que fueron finalmente nombradas:

Jessica Lorena Reyes Contreras

Cargo al que aspiró

Cargo en el que fue nombrada

Cumple

Denominación

Profesional Universitario

Sí

Código

2044

2044

Sí

Grado

8

8

Sí

Asignación básica

\$2.318.541 (ofertada)

\$2.857.236

No136

Código OPEC

39958

28089

No

Funciones

Ofertadas137 en relación con trabajo social

Nuevo cargo138 en relación con el área de calidad y recaudo

No

Ubicación geográfica

Grupo de Protección Cali

Dirección regional Quindío (Armenia)

No

Rocío Molina Ramírez

Cargo al que aspiró

Cargo en el que fue nombrado

Cumple

Denominación

Profesional Universitario

Profesional Universitario

Sí

Código

2044

2044

Sí

Grado

8

8

Sí

\$2.318.541 (ofertada)

\$2.857.236

No139

Código OPEC

39958

28095

No

Funciones

Ofertadas140 en relación con trabajo social

Nuevo cargo141 en relación con el área de calidad y recaudo

No

Ubicación geográfica

Grupo de Protección Cali

Dirección regional Tolima (Ibagué)

No

María Fernanda Semanate Cabrera

Cargo al que aspiró

Cargo en el que fue nombrado

Cumple

Denominación

Profesional Universitario

Profesional Universitario

Sí

Código

2044

2044

Sí

8

8

Sí

Asignación básica

\$2.318.541 (ofertada)

\$2.857.236

No142

Código OPEC

39958

28096

No

Funciones

Ofertadas143 en relación con trabajo social

Nuevo cargo144 en relación con el área de calidad y recaudo

No

Ubicación geográfica

Grupo de Protección Cali

No

Sobre esta preocupación inicialmente planteada por la CNSC, el ICBF indicó que “mediante Decreto 1479 de 2017 se crearon cuarenta y nueve (49) cargos correspondientes al empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 08 con roles específicos de Calidad y Recaudo, las cuales presentan un propósito y funciones diferentes a lo ofertado en la Convocatoria 433 de 2016 para la OPEC 39958”¹⁴⁵. Y, que estas tres mujeres fueron, finalmente, nombradas en cargos que habían sido creados para el rol de calidad (dentro de cuyas profesiones se admire la de trabajo social o conexos), en cumplimiento de una orden judicial.

1. En relación con las alegaciones de la CNSC y del ICBF frente a los nombramientos de las señoras Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate, la Corte observa que la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no consultó las equivalencias de los cargos antes de ordenar que fuesen nombradas en los creados por el Decreto 1479 de 2017. Por el contrario, en el fallo de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019, se vulneró de manera evidente el principio del mérito y elevó una mera expectativa al nivel de derecho al permitir que las elegibles optaran por cualquiera de los 49 cargos que coincidían con la denominación, código y grado del que habían inicialmente concursado, pero sin advertir que tales empleos habían sido creados con unas finalidades y funciones diferentes a la única vacante para la cual concursaron, quedando en segundo, tercero y cuarto lugar, respectivamente¹⁴⁶.

1. Adicional a lo anterior, la Sala considera relevante mencionar que, en todo caso, tampoco existe entera claridad sobre el cumplimiento del requisito establecido en la Sentencia T-340 de 2020 en el sentido que en los casos aquí analizados se esté frente a una vacancia definitiva. Sin la intención de determinar la interpretación de la ley en estos eventos, se estima necesario recordar que el precitado artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 se refiere de manera explícita a la posibilidad de extender el uso de las listas de elegibles vigentes a cargos que, sin perjuicio de no haber sido ofertados, se generen vacancias definitivas con

posterioridad. Las vacancias definitivas se dan en el momento en que el titular del cargo tiene que apartarse completamente del empleo, cuando se presente, específicamente, alguno de los supuestos contenidos en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 (supra 70).

1. Al analizar las circunstancias fácticas de los dos sub judice, se advierte que la pretensión de los accionantes está dirigida a lograr el nombramiento en empleos nuevos que fueron creados con el Decreto 1479 de 2017 mediante la extensión de su lista de elegibles de conformidad con la Ley 1960 de 2019. En este sentido, en tratándose de nuevas vacantes en cargos distintos a los inicialmente ofertados y sobre los cuales concursaron, se genera un interrogante sobre el escenario jurídico aplicable en estos eventos.

1. En suma, la Sala llamará la atención del Tribunal para que, de presentarse casos similares a los aquí analizados, tenga en cuenta las consideraciones realizadas, especialmente, en lo tocante a la verificación de la equivalencia de los cargos, con miras a garantizar la excelencia y eficiencia en la prestación del servicio público.

Llamados de atención a los jueces que surtieron la segunda instancia

1. La Sala Constitucional de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (T-7.787.552). La Sala Tercera de Revisión estima que el juez de alzada en este proceso al proferir el auto del 25 de octubre de 2019 generó una nulidad por pretermisión de instancia, toda vez que esta autoridad judicial debió haber tramitado la segunda instancia de la acción de tutela promovida por el señor Rafael Araujo Ibarra, respecto de los recursos de apelación presentados tanto por el ICBF, como por la CNSC. Al actuar de este modo, por cierto, reprochable, desconoció el derecho al debido proceso de las entidades antes mencionadas. Razón por la cual se llamará la atención para que en el futuro se abstenga de reiterar las tesis que lo llevaron a adoptar dicha decisión.

1. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por desconocer la jurisprudencia constitucional en torno a la extensión de efectos de los fallos de tutela (T-7.822.101). Adicionalmente, la Sala estima que en esta oportunidad el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca excedió sus facultades como juez constitucional en pleno desconocimiento de la Sentencia de Unificación SU-349 de 2019 al extender los efectos de su fallo de tutela a todas las personas que integraban la lista de elegibles de la accionante. Como ya se anotaba, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que la utilización de dispositivos amplificadores de los efectos de los fallos de tutela es una facultad reservada únicamente a la Corte Constitucional¹⁴⁷. En consecuencia, al haber adoptado una decisión con efectos inter comunis en la sentencia del 18 de noviembre de 2019, el Tribunal desconoció la jurisprudencia constitucional y excedió sus facultades como juez constitucional, generando con ello irregularidades en la administración de la planta de personal del ICBF.

En esta medida, la Sala también llamará su atención frente a este aspecto, con el fin de que, a futuro, tenga en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la facultad para la modulación de los efectos de las sentencias de tutela se encuentra únicamente en cabeza de esta Corte.

1. Con fundamento en lo anterior, la Sala debe negar las acciones de tutela presentadas por el señor Rafael Araujo Ibarra (T-7.787.552) y la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y las vinculadas Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate (T-7.822.101), al considerar que el ICBF y la CNSC no vulneraron los derechos fundamentales de estas personas al no haberlos nombrado inicialmente en los nuevos cargos creados por el Decreto 1479 de 2017, en la medida en que al no ser equivalentes a los inicialmente ofertados no era aplicable el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

1. En ambos casos, los accionantes presentaron como pretensión subsidiaria que fueran nombrados “de manera provisional” en los cargos que persiguen por medio de la tutela. La Sala considera que no es posible acceder a este requerimiento por cuanto, por una parte, esta es una pretensión que escapa las competencias de la CNSC, en tanto que esta entidad no tiene las facultades para disponer sobre la planta de personal del ICBF. Y, frente al ICBF,

se advierte que la entidad es autónoma para determinar la forma en la que maneja y dispone de su planta de personal. De allí que no exista fundamento constitucional ni legal para que esta Corte disponga motu proprio la modificación de la misma.

Eventualmente, la Corte puede ordenar el nombramiento de personas, pero ello se deriva de la verificación de la violación de un derecho fundamental, supuesto que no ocurre en estos dos casos objeto de análisis.

1. Conforme a lo antes expuesto, la Sala Tercera de Revisión procederá:

En el Caso 1, expediente T-7.787.552: a revocar la sentencia del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, en la cual se tutelaron los derechos fundamentales del señor Rafael Araujo Ibarra y, en su lugar, negar la tutela por los motivos aquí expuestos.

En el Caso 2, expediente T-7.822.101: a revocar la sentencia del 18 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la cual se tutelaron los derechos fundamentales de la señora Jessica Lorena Contreras y por los efectos inter comunis de las las vinculadas Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate, en su lugar, confirmar la decisión proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado 21 Contencioso Administrativo Oral del Circuito de Cali, por las razones expuestas en este fallo.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del 30 de septiembre de 2019 proferido por el Juzgado Treinta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el cual, tuteló los derechos fundamentales del señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra y, en su lugar, NEGAR la tutela por los

motivos expuestos en esta providencia.

Segundo.- REVOCAR por los motivos expuestos en esta providencia el fallo del 18 de noviembre de 2019 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual, tuteló los derechos fundamentales la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y, en su lugar, CONFIRMAR, por los motivos expuestos en esta providencia, la sentencia del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 21 Contencioso Administrativo Oral del Circuito de Cali, en el cual se decidió no amparar los derechos invocados.

Tercero.- LLAMAR LA ATENCIÓN a la Sala Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por la nulidad por pretermisión de instancia que generó en el trámite de tutela del expediente T-7.787.552, dadas las razones por las cuales rechazó los recursos de apelación de la CNSC y del ICBF en auto del 25 de octubre de 2019. Las justificaciones dadas por dicha autoridad desconocen de manera evidente y flagrante la jurisprudencia constitucional sobre la legitimación en la representación judicial de las entidades públicas, así como el derecho de impugnación de una de las partes en el marco de un proceso constitucional. Ello sumado a que, al pretermittir una instancia, su actuación generó una grave afectación del derecho al debido proceso -tanto del ICBF como de la CNSC-. En el caso que la Sala advierta que se repiten este tipo de actuaciones, procederá a compulsar copias para que se adelanten las investigaciones que correspondan.

Cuarto.- LLAMAR LA ATENCIÓN del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el Expediente T-7.822.101 en relación con: (i) la necesidad de que para casos similares a los aquí examinados, consulte sobre la real equivalencia de los empleos antes de proceder a ordenar el nombramiento de personas en las listas de elegibles vigentes, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, so pena de sacrificar el principio constitucional al mérito; y (ii) la importancia de que sus decisiones consulten la jurisprudencia constitucional, en particular, respecto a la competencia privativa que recae en la Corte Constitucional para extender los efectos de las sentencias de tutela.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-081/21

NULIDAD INSANEABLE POR PRETERMISION DE INSTANCIA-Desconocimiento del derecho de defensa de tercero con interés legítimo (Salvamento de voto)

En este caso la decisión debió ser la de declarar la nulidad y retrotraer la actuación para que se tramiten los recursos de impugnación interpuestos por el ICBF y la CNSC. No caben argumentaciones adicionales y tampoco era procedente asumir el asunto de fondo.

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Debió declararse improcedente por cuanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es idónea y eficaz para la garantía ius fundamental solicitada (Salvamento de voto)

El hecho de que para el momento de la interposición de la acción de tutela la lista de elegibles de las que hace parte la accionante estuviese cerca de su vencimiento, no es un criterio suficiente para cuestionar la idoneidad y efectividad de la pretensión de nulidad; motivo por el cual la tutela debió haber sido declarada improcedente, precisamente, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. No resulta admisible que, bajo el pretexto de

estar protegiendo el principio del mérito, se desplacen los mecanismos ordinarios de defensa que han sido dispuestos por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de desconocer el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

Referencia: Acciones de tutela instauradas por Rafael Eduardo Araujo Ibarra y Jessica Lorena Reyes Contreras contra la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNCS y el ICBF (expedientes radicados con número T-8.787.552 y T-7.822.101)

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Con el habitual respeto por las decisiones mayoritarias de esta corporación, me aparto de la determinación adoptada por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-081 de 2021, la que llegó a la conclusión de que no debían protegerse los derechos fundamentales invocados como vulnerados por los accionantes; y realizó llamados de atención a la Sala Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por haber generado una nulidad por pretermisión de instancia en el caso del señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra y al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que en el futuro tenga en cuenta algunos aspectos sustanciales en la resolución de casos similares.

Mi disenso respecto de la decisión aprobada por la mayoría se debe principalmente a que considero, de una parte, que la acción de tutela interpuesta por el señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra debió dar lugar a la declaratoria de nulidad de las actuaciones y a la devolución del expediente al juez de segunda instancia, para que se decidiera sobre la impugnación que no surtió su trámite. Y, por la otra, porque estimo que la acción de tutela incoada por la señora Jessica Lorena Reyes Contreras debió haber sido declarada improcedente por falta de subsidiariedad, en la medida en que existen recursos judiciales idóneos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los cuales hubiese sido posible obtener una resolución oportuna del caso concreto.

A. La pretermisión de instancia ocasiona una nulidad insaneable que impide continuar con el trámite de la acción de tutela

1. En la sentencia T-081 de 2021, se determinó que en el caso del expediente T-8.787.552 (que atañe a Rafael Eduardo Araujo Ibarra) se configuró una nulidad insaneable por pretermisión de instancia, en la medida en que el Tribunal Superior de Medellín rechazó los recursos de apelación interpuestos por las entidades accionadas, luego de considerar erróneamente que quienes actuaron en su nombre no tenían la respectiva representación judicial, con lo cual se afectó su derecho fundamental al debido proceso.

1. No obstante, la providencia de la cual difiero continuó con el estudio de fondo, alegando la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, por tratarse de un asunto de afectación del mérito en el acceso a los cargos públicos, eje definitorio de la Constitución, e invocando igualmente un aparente detrimento de los recursos públicos. Como complemento de lo anterior, recordó que la Sala de Selección No. 3 de 2020 insistió en la escogencia del expediente, al considerar que debía primar el derecho sustancial, y afirmó que postergar la decisión “(...) podría derivar en una circunstancia de inseguridad jurídica frente al tipo de asuntos que deberá abordar la Corte frente a esa cuestión”.

1. De esta manera, la sentencia de la cual difiero no solamente se pronunció sobre los derechos del accionante (resolutivo primero); sino que, además, optó por enfocar el asunto en un llamado de atención a la autoridad que incurrió en el defecto por desconocer la jurisprudencia constitucional sobre legitimación en la representación judicial de las entidades públicas y el derecho de impugnación en un proceso constitucional, y por haber vulnerado el derecho al debido proceso del ICBF y de la CNSC, aunado a lo cual advirtió que compulsará copias para que se adelanten las investigaciones pertinentes, en caso de que se repitan este tipo de actuaciones (resolutivo tercero).

1. Contrario a todo lo anterior, tengo la convicción de que una vez constatada la configuración de una nulidad insaneable como la pretermisión de una instancia (parágrafo del artículo 136 del Código General del Proceso) no queda más remedio que declarar el vicio y retrotraer las actuaciones al momento de su ocurrencia, pues se trata de un asunto que

debe ser analizado de manera objetiva, sin dar cabida a consideraciones sobre la naturaleza del derecho sustancial que se discute o a la calidad de los sujetos que hacen parte del proceso, factores estos que únicamente son relevantes respecto de nulidades susceptibles de ser saneadas.

1. Es importante resaltar que ningún juez de la República está habilitado para modificar las consecuencias jurídicas previstas en la ley para las causales de nulidad insaneable, por lo cual, considero que no es posible optar por un llamado de atención, en lugar de hacer las declaraciones a que haya lugar en el caso concreto.

1. Así mismo, es relevante tener en cuenta que el régimen de las nulidades es integral y regulado conforme al principio de especificidad legal, de tal manera que no le está permitido a los jueces decidir cuáles nulidades consideran convalidables, y cuáles transforma de insaneables en saneables. En este sentido, el auto 208 de 2020 –citado en el proyecto– no puede asumirse como un precedente, pues se dio precisamente en un caso de nulidad saneable, relativa a la vinculación de terceros.

1. Además, pretermitir integralmente una instancia de tutela no es un aspecto formal frente al cual se puedan realizar consideraciones en torno a la primacía del derecho sustancial, pues su impacto es tan relevante en la garantía de los derechos de las partes, que la propia Constitución, en el artículo 86, refiere no solo al derecho a acudir ante un juez para presentar una acción de tutela, sino igualmente, y como parte esencial del debido proceso, al derecho a que lo resuelto por éste pueda impugnarse ante el juez competente.

1. La impugnación en tutela es una garantía esencial del debido proceso y está prevista de forma directa en la Constitución, por lo que no puede referirse a su valor con un carácter inferior respecto de otras reglas o principios constitucionales, como ocurre con el mérito. El principio de unidad constitucional exige que todas las normas superiores produzcan efectos.

Así, no puede buscarse la efectividad de un principio mediante el sacrificio total del otro. En este caso, la ponderación entre ellos ya fue realizada por el legislador, y éste dispuso que la pretermisión de instancia es insaneable, por lo que no puede desconocerse su rigor cuando el efecto es garantizar que el tema de fondo se volverá a discutir y, por ende, nada de los adoptado hará tránsito a cosa juzgada. Por las mismas razones expuestas no puede darse prioridad a la economía procesal.

1. Además, en mi opinión, el respeto del precedente implica seguir una cierta regla de decisión en un caso con supuestos de hecho similares, es decir que, si la Corte tiene una postura reiterada sobre la representación judicial de las entidades públicas en procesos de tutela, lo que corresponde es actuar con los mismos criterios en un nuevo evento, en lugar de llamar la atención al juez de tutela de segunda instancia por haber desconocido la jurisprudencia de este tribunal. Así mismo, advierto que la decisión de la Sala también es contraria a las providencias que en numerosas oportunidades han declarado la nulidad en supuestos de pretermisión de instancia¹⁴⁸.

1. Finalmente, estimo que el argumento sobre la insistencia de la sala de selección en la escogencia y acumulación de los casos no debería tener ningún impacto en las decisiones de fondo que posteriormente adopte la respectiva sala de revisión, y sus criterios preliminares no son vinculantes, como se advierte expresamente en todos los autos que profiere. Lo contrario implicaría reconocer que se presenta un prejuzgamiento en el momento en que los expedientes de tutela son escogidos por la sala de selección.

1. Por consiguiente, considero que en este caso la decisión debió ser la de declarar la nulidad y retrotraer la actuación para que se tramiten los recursos de impugnación interpuestos por el ICBF y la CNSC. No caben argumentaciones adicionales y tampoco era procedente asumir el asunto de fondo.

A. Los recursos judiciales disponibles ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo son eficaces para dirimir controversia sobre nombramientos en carrera administrativa, aun cuando la respectiva lista de elegibles esté cerca de su vencimiento

1. Según lo establecido en la sentencia T-081 de 2021, la accionante Jessica Lorena Reyes Contreras (expediente T-7.822.101) estaba excluida del deber de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir los actos administrativos proferidos en el marco del concurso de méritos en el que participó, por cuanto, siguiendo lo establecido en la sentencia T-340 de 2020, ello sería ineficaz. Esto, en la medida en que en caso de obtenerse una solución favorable a sus intereses en dicha instancia, su derecho solo podría ser protegido mediante una prestación resarcitoria, ya que, para tal momento, la lista de elegibles no estaría vigente.

1. A lo anterior se agregó que tampoco serían efectivas las medidas cautelares que pudieron haberse adoptado en el marco de un proceso contencioso, porque de acuerdo con el artículo 231 del CPACA, se requiere que el acto cuestionado contradiga la ley, lo cual no sería viable en el caso bajo estudio, en el que, justamente, lo que se discute de fondo es el alcance en el tiempo de la Ley 1960 de 2019. Se adiciona a lo expuesto, que “en este caso no era posible solicitar una medida conservativa ni exigir una cierta decisión administrativa de carácter anticipado, porque, primero, no existía para ellos un daño inminente y, segundo, [porque] establecer los alcances de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo es, precisamente, la controversia de fondo. De allí que haberlo conminado en este preciso caso a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo habría sido desproporcionado”.

1. Al igual que lo sostuve en mi salvamento de voto a la sentencia T-340 de 2020, considero que en esta ocasión la accionante podía acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de ventilar sus solicitudes. Éste constituía el medio ordinario idóneo y efectivo a través del cual se podía plantear la controversia, en donde la accionante incluso contaba con la

posibilidad de solicitar medidas cautelares.

1. Precisamente sobre este último punto vale la pena destacar que, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez o magistrado ponente, a petición de parte debidamente sustentada, podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Estas medidas, como ha sido señalado por esta Corte, podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso¹⁴⁹. En consecuencia, no se observa una razón que conlleve a desplazar este mecanismo ordinario de defensa donde, como se vio, la accionante, Jessica Lorena Reyes Contreras, incluso contaba con la posibilidad de solicitar medidas cautelares con el fin de garantizar transitoriamente sus derechos mientras se producía la decisión definitiva por parte del juez.

1. De manera más precisa, debo manifestar mi desacuerdo con considerar, como se hace en la sentencia de la cual me aparto, que en el caso concreto es necesario satisfacer el requisito de demostrar que se presenta una contradicción entre la ley y los actos administrativos cuestionados. Lo anterior, por cuanto esta afirmación resulta válida únicamente respecto de la medida cautelar de suspensión provisional, dado que para otro tipo de medidas cautelares el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo enlista unas condiciones diferentes. A saber, que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; que el demandante haya demostrado la titularidad de los derechos, aunque sea de forma sumaria; que el demandante haya presentado los soportes que indican que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y que se pueda ocasionar un perjuicio irremediable o que exista la posibilidad de que los efectos de la sentencia sean nugatorios.

1. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que el caso se resuelve por la falta de acreditación de los supuestos que consagra la ley para obtener el derecho a ser vinculado en

el servicio público, puntualmente porque no se está en presencia de una vacante definitiva. De suerte que, la discusión que se propone es entonces de carácter legal y sobre la misma la competencia le asiste a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al final se descarta de plano la discusión sobre la aplicación de la ley en el tiempo, porque tal argumento no era válido para justificar la subsidiariedad.

1. De esa manera, considero que, el hecho de que para el momento de la interposición de la acción de tutela la lista de elegibles de las que hace parte la accionante estuviese cerca de su vencimiento, no es un criterio suficiente para cuestionar la idoneidad y efectividad de la pretensión de nulidad; motivo por el cual la tutela debió haber sido declarada improcedente, precisamente, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. No resulta admisible que, bajo el pretexto de estar protegiendo el principio del mérito, se desplacen los mecanismos ordinarios de defensa que han sido dispuestos por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de desconocer el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

1. Sumado a esto, me resulta llamativo que la Sala de Revisión, en la sentencia de la cual me aparto en esta ocasión, no se haya pronunciado sobre un posible cambio de jurisprudencia o la posibilidad de apartarse del precedente establecido por la Corte. Esto, por cuanto en sentencias de unificación la Sala Plena se ha pronunciado en contra de la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso¹⁵⁰.

1. En efecto, en caso de que se estuviese ante un cambio de jurisprudencia, se trataba de un asunto que debía ser decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional y no por la Sala Tercera de Revisión. A lo sumo, la sentencia T-081 de 2021 debió haber estudiado si el precedente establecido por la Sala Plena se había derogado con el cambio de ley o qué efectos tiene la expedición de la Ley 1960 de 2019 frente al precedente de la Corte. Esto, con el fin de evitar una posible nulidad por cambio de precedente.

En los términos anteriores dejo consignado mi salvamento de voto, respecto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Tercera de Revisión.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 Convocatoria No. 433 de 2016, cuyas condiciones se especificaron en el Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, emitido por la CNSC-.

2 “Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

3 Folios 52 al 78 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552. La Convocatoria 433 de 2016 fue realizada mediante el Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, en el cual se establecieron las reglas correspondientes para proveer las vacantes ofertadas.

4 Folios 79 al 81 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

5 Según comunicación remitida por la CNSC a esta Corte, vía correo electrónico, el 11 de noviembre de 2020.

6 Una copia de esta resolución fue aportada por el ICBF a esta Corte, vía correo electrónico, el 11 de noviembre de 2020.

7 Folio 82 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

8 Una copia de esta respuesta fue aportada por el accionante a esta Corte, vía correo electrónico, el 6 de noviembre de 2020.

9 Fecha de la providencia: 27 de noviembre de 2018.

10 Folios 168 a 171 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

11 Folios 85 y 86 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

12 Una copia de este Acto Administrativo se encuentra en el anexo 06 del CD1 del Expediente T-7.822.101.

13 Entre ellas, la Resolución No. CNSC-20182230052225 del 22 de mayo de 2018 (supra 1).

14 Folios 79 al 81 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552. Resolución No. CNSC-20182230052225 del 22 de mayo de 2018, artículo 4.

15 Una copia de esta respuesta fue aportada por la CNSC a esta Corte, vía correo electrónico, el 11 de noviembre de 2020.

16 Anexos 11, 12 y 14 del CD1 del Expediente T-7.822.101. Se allegó copia de una petición presentada por 12 personas que habían concursado para distintos cargos ofertados en la Convocatoria 433 de 2016, en la que se solicitaba realizar una aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, con miras a que fueran nombrados en los cargos de las vacantes definitivas que surgieran en vigencia de las listas de elegibles en las que habían sido incluidos.

17 Folios 164 y 165 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

18 Folios 164 y 165 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

19 Folios 164 y 165 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

20 Folios 95 al 101 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552. Obra copia del derecho de petición presentado al ICBF el 15 de agosto de 2019. El mismo fue recibido por la entidad ese mismo día, vía correo electrónico.

21 Folios 89 al 100 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552. Obra copia del derecho de petición presentado al CNSC el 20 de agosto de 2019. El mismo fue recibido por la entidad ese mismo día, vía correo electrónico.

22 Folio 1 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552. Obra copia del acta individual de reparto.

23 Folios 2 al 49 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

24 Folio 140 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

25 Folios 157 al 160 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

26 Folios 173 al 183 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

27 Folios 188 al 195 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

28 Folios 281 al 290 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

29 Folios 320 al 323 del cuaderno principal del expediente T-7.787.552.

30 Anexo 02 del CD1 del expediente T-7.822.101.

31 Anexo 04 del CD1 del expediente T-7.822.101.

32 Anexo 03 del CD1 del expediente T-7.822.101.

33 Artículo 1 de la Resolución No. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018.

34 Anexo 05 del CD1 del expediente T-7.822.101.

35 Anexo 05 del CD1 del expediente T-7.822.101. Artículo 1 de la Resolución 6501 del 25 de mayo de 2018, proferida por el ICBF.

36 “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”. Anexo 08 del CD1 del expediente T-7.822.101. Decreto proferido por el Presidente de la República.

37 Anexo 06 del CD1 del expediente T-7.822.101. Resolución No. CNSC-20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 “Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF”. Ver el numeral 584 del artículo 1 de este acto administrativo en el que se indica la resolución por medio de la cual fue conformada la lista de elegibles en la que ocupó el segundo lugar la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

38 Anexo 04 del CD1 del expediente T-7.822.101. Resolución No. CNSC-20182230040835 del

26 de abril de 2018: “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 su vigencia en los mismos empleos convocados.”

40 Anexo 13 del CD1 del expediente T-7.822.101.

41 Anexo 00 del CD1 del expediente T-7.822.101, Acción de tutela, pág.1.

42 Anexo 00 del CD1 del expediente T-7.822.101, Acción de tutela, pág.18.

43 Anexo 00 del CD1 del expediente T-7.822.101, Acción de tutela, pág.18.

44 Anexo 00 del CD1 del expediente T-7.822.101, Acción de tutela, pág.10.

45 Para sustentar lo anterior expone: “en mi caso particular NO ostento un derecho adquirido, dado que, si bien el nombramiento y posesión de la señora MOSQUERA TORRES hace que pase a ocupar actualmente el primer lugar dentro de mi lista de elegibles, a la fecha no existe una vacante ofertada que sea provista con la Resolución No. CNSC-20182230040835 del 26-04-2018, máxime cuando los acuerdos de la Convocatoria eran claros al manifestar que las listas de elegibles solo se usarán para ocupar las vacantes ofertadas previamente en las distintas OPEC.” Anexo 00 del CD1 del expediente T-7.822.101, Acción de tutela, pág.13.

46 Folio 38 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

47 Folios 62 al 64 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

48 Folios 69 al 84 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

49 Folios 94 al 98 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

50 Folios 171 al 197 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

51 Folios 132 al 145 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

52 Folios 180 al 185 del cuaderno principal del expediente T-7.822.101.

53 Correo electrónico recibido el 6 de noviembre de 2020.

54 Adjuntó copia de las peticiones.

55 Correo electrónico recibido el 10 de noviembre de 2020.

56 Aduce que la Sala Plena de Comisionados señaló que los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se usarán para proveer vacantes que surjan con posterioridad si y solo si esos nuevos empleos tienen “igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo número de aspirantes”.

57 No se aporta prueba de estos conceptos.

58 Como archivos adjuntos, la tutelante aportó copia de la Sentencia de segunda instancia que le favoreció, del auto que dio inicio a la sanción contra las autoridades que no cumplían las órdenes allí dispuestas, la resolución de su nombramiento, su acta de posesión, la lista de elegibles de la que hizo parte, los criterios unificados de que hizo mención y el fallo de segunda instancia que tuteló los derechos de otra ciudadana que se encontraba en sus mismas condiciones fácticas y jurídicas.

59 Correo electrónico recibido el 11 de noviembre de 2020.

60 Peticiones radicadas el 13 de junio y el 6 de diciembre de 2018.

61 Peticiones radicadas el 12 de febrero y el 28 de abril de 2020.

62 Aportó como elementos materiales de pruebas, entre otros, el nombramiento y posesión del señor Rafael Araujo, la oferta pública de los 49 empleos del nivel Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, que fueron creados por el Decreto 1479 de 2019, los oficios remitidos a las señoras Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina y María Fernanda Semanate.

63 Recuérdesse que estas ciudadanas ocuparon el segundo, tercero y cuarto puesto en la lista

de elegibles conformada a través de la Resolución No. 20182230040835 de 2018. Esa lista estuvo vigente hasta el 8 de mayo de 2020.

65 Las fechas de estas peticiones son, en su orden, 30 de enero, el 1 de mayo y el 9 de junio de 2020. Señaló el ICBF que el Sistema de Información Misional (SIM) solo arrojó estas peticiones. La revisión se hizo frente a todo lo radicado en la entidad desde septiembre de 2019, en adelante).

66 Aportó como material probatorio, entre otros documentos, (i) copia de la Resolución 9762 del 25 de octubre de 2019, a través de la cual se nombró al señor Rafael Eduardo Araujo Ibarra; (ii) copia de la Resolución 4125 del 10 de julio de 2020, por la cual se nombró a las señoras Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina y María Fernanda Semanate; y (iii) copia del auto 442 de 2020.

67 Recibido el 27 de noviembre de 2020.

68 Se adjuntó al correo un archivo denominado “informe técnico Rafael Araujo” que da cuenta de esta situación.

69 Se adjuntó al correo el anexo técnico OPEC No. 39958, que da cuenta de esta situación.

70 Folios 67 a 70 del cuaderno de revisión del expediente T-7.787.552.

71 Folios 72 a 75 del cuaderno de revisión del expediente T-7.787.552. En el proceso de selección del expediente T-7.787.552 se allegó una solicitud por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la que requirió a la Corte respecto de su selección, con el fin de que fuese acumulado con el expediente T-7.650.952. Así lo decidió la Sala inicialmente en Auto del 3 de agosto de 2020, y en oficio del 16 de septiembre de 2020, Secretaría General manifestó la Sala de Selección Número Tres que este último expediente ya registraba sentencia (T-340 de 2020)⁷¹. Razón por la cual, la Sala de Selección Número Tres, revocó la anterior decisión y dispuso nuevamente la selección, así como su reparto de los dos expedientes T-7.787.552 y T-7.822.101 en los Autos del 18 y 25 de septiembre de 2020. Cabe igual mencionar que respecto del expediente T-7.787.552, el 7 de febrero de 2020, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF envió un escrito a la Sala de Selección, en el que solicitó que se revisara la decisión del Juzgado Treinta Penal del Circuito con Función de

Conocimiento de Medellín, y se acumulara al expediente T-7.650.952, por presentar unidad de materia. (Folios 8-10 del cuaderno de revisión del expediente T-7.787.552).

72 Esta demanda ya surtió el proceso de eventual revisión ante esta Corporación con el radicado número T-7.262.915, y no fue seleccionada por la Sala de Selección Número Cuatro en auto del 10 de abril de 2019, comunicado el 2 de mayo del mismo año.

73 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-661 de 2014, T-125 de 2010 y SU-439 de 2017.

74 Decreto 306 de 1992: “ARTCULO 4o. DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES PARA INTERPRETAR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL DECRETO 2591 DE 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto (...)”. Cfr., Corte Constitucional, Auto 159 de 2018. En relación a esta fundamentación, es preciso recordar que en materia de tutela no existe una norma específica sobre la posibilidad de advertir irregularidades procesales, a diferencia de lo que ocurre frente al trámite de control abstracto de constitucionalidad, en el cual, el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 establece: “Contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el pleno de la Corte anule el proceso”.

75 El numeral 2 del artículo 133 del Código General del Proceso establece que el proceso será nulo cuando: “Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.” La jurisprudencia ha sido reiterada en el principio de taxatividad de las causales para la configuración de eventuales nulidades en los procesos de tutela. Cfr. T-661 de 2014, T-125 de 2010 y SU-439 de 2017.

76 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-661 de 2014, SU-439 de 2017 y T-286 de 2018, así como los Autos 091 de 2002, 220 de 2012 y 265 de 2002. El artículo 86 de la Constitución dispone: “(...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

77 Corte Constitucional, Sentencias T-661 de 2014. En este punto, precitada providencia se refiere específicamente al contenido de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, en los cuales se regula la impugnación y su trámite.

78 Corte Constitucional, Auto 156 de 2006.

79 Folios 308 y 309 del cuaderno principal del expediente (i).

80 Folio 422 del cuaderno principal del expediente (i).

81 A propósito, el artículo 130 de la Constitución determina “ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.” Por otro lado, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 dispone que la CNSC es quien realiza las listas de elegibles luego de culminar la etapa de pruebas en los procesos de selección, y organizar y manejar un banco de datos de las listas de elegibles.

82 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-691 de 2017 y C-097 de 2019.

83 Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2015. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-446 de 2011, T-604 de 2013, C-288 de 2014, T-180 de 2015, T-610 de 2017, SU-011 de 2018, T-059 de 2019, C-097 de 2019 y C-093 de 2020.

84 Sentencia C-037 de 1998. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2016.

85 Corte Constitucional, Sentencia T-727 de 2011. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006, T-1233 de 2008 y SU-313 de 2020.

86 Al respecto, esta Corporación en la Sentencia T-537 de 2015 señaló: “El conjunto de reglas expuestas no sólo se aplican para aquellos casos en que se presenta un ejercicio simultáneo de dos o más acciones de tutela, sino también cuando su presentación ocurre de forma sucesiva, esto es, cuando a la formulación de una nueva solicitud le antecede otra que ya ha sido resuelta por las autoridades judiciales. En esta última hipótesis, en los que una misma persona instaura sucesivamente varias acciones de amparo en las que converge la triple identidad (partes, hechos y pretensiones), la Corte ha precisado que más allá de la declaratoria de temeridad, es preciso estudiar si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada

constitucional sobre la primera de las acciones promovidas, ya que, cuando ello ocurre, por sustracción de materia, las tutelas subsiguientes son improcedentes”.

87 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-1219 de 2001, T-537 de 2015 y T-219 de 2018.

88 Folio 17 del cuaderno principal del expediente (i).

89 Cfr., Sentencia T-207 de 2020. En tal providencia se sostuvo que la aptitud legal “refleja la calidad subjetiva de la parte demandada en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”

90 Ley 75 de 1968, artículo 50: “Créase el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como establecimiento público, esto es, como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. // El instituto cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley, tendrá duración indefinida y su domicilio legal será la ciudad de Bogotá pero podrá organizar oficinas en otras secciones del país”.

91 Constitución Política, artículo 130: “Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

92 Ley 909 de 2004. Artículo 7, inciso 1. “La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”.

93 Cfr., Sentencia T-291 de 2017. ““(i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos

fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”.

94 La acción de tutela fue instaurada el 13 de septiembre de 2019.

95 La acción de tutela fue instaurada el 16 de septiembre de 2019.

96 Cfr. Sentencias T-129 de 2009, T-335 de 2009, SU-339 de 2011, T-664 de 2012 y T-340 de 2020

97 Cfr. Sentencia T- 453 de 2009.

99 Cfr., Sentencia T-340 de 2020.

100 Cfr. Sentencia T-059 de 2019. “Cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley”.

101 Ley 909 de 2004, artículo 11: “Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones: // a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; // h) expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa; // k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa”.

102 Cfr., Consejo de Estado, Radicado 11001-03-25-000-2013-01383-00 (3496-2013). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. “Esta Corporación, con base en una línea jurisprudencial

definida, ha señalado que las circulares administrativas no tienen control judicial ante la Jurisdicción Contenciosa cuando reproducen el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o cuando solo brindan orientaciones o instrucciones a sus subalternos, ni las que tienen por objeto dar a conocer conceptos del superior jerárquico sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas. // Siguiendo la misma orientación jurisprudencial son demandables conforme a la teoría del acto administrativo las circulares de servicio que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos, expresada en la voluntad unilateral de la Administración, en la cual vincule a los administrados por una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o por una situación de carácter subjetivo, individual y concreta”. (énfasis propio).

103 Ley 1437 de 2011, artículo 137, inciso 1. “Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general”.

104 En la Sentencia SU-543 de 2019 se incluyó una consideración sobre este particular. Refiriéndose a la eventual tardanza del proceso contencioso administrativo y siguiendo un estudio efectuado por el Consejo Superior de la Judicatura en 2016, la Corte sostuvo, en tal providencia, que “(...) resulta difícil medir su duración en términos generales, en tanto los asuntos que pueden llevarse en esa jurisdicción pueden ser de distinta naturaleza, esto es, contractuales, especiales, nulidades simples y de restablecimiento de derechos, reparaciones directas y de repetición. Cada uno de ellos puede, por sus complejidades propias, tomar un mayor o menor tiempo en dirimirse. Sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura, sostuvo que el promedio normativo de duración de la primera instancia sería de 443 días corrientes, al tiempo que en segunda instancia sería de 269”.

105 Los actores no contaban al momento de interponer las tutelas con un derecho que pretendieran conservar.

106 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-691 de 2017 y C-097 de 2019.

107 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-406 de 1992 y C-836 de 2001.

108 “El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración pretendiendo que el Estado pueda “contar con

servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-691 de 2017. En este fallo se cita, a su vez, la Sentencia SU-086 de 1999.

109 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-097 de 2019. De acuerdo con los artículos 1 y 5 de la Ley 909 de 2004, los empleos pueden ser de carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de periodo fijo y los temporales.

110 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2015.

111 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-086 de 1999, SU-011 de 2018 y T-340 de 2020.

112 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-011 de 2018.

113 Ley 909 de 2004: “ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”.

114 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

115 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

116 De acuerdo con la Sentencia SU-446 de 2011: “Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados”.

117 De conformidad con el artículo 130 de la Constitución, “[h]abrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.” A su vez, el artículo 7 de la Ley 909 de 2004 estipula que esta entidad es “responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” Dentro de las funciones de la CNSC aparecen, entre otras, las de elaborar las convocatorias a los concursos, proferir las listas de elegibles como resultado de las pruebas de los procesos de selecciones que hubiese liderado, y crear los instrumentos para la aplicación de las normas sobre evaluación de desempeño de los empleados de carrera (Ley 909 de 2004, Artículos 11 y 31).

118 Corte Constitucional, SU-913 de 2009. Cfr., Sentencia T-180 de 2015.

119 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-913 de 2009, T-156 de 2012 y T-340 de 2020.

120 El texto original disponía: “(...) 4. Listas de elegibles. 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. (...)”

121 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

122 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

123 Este concepto podrá ser consultado en el siguiente link:
<https://www.cns.gov.co/index.php/criterios-y-doctrina/criterios-unificados/provision-de-empleo>

124 “ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL

CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: (...) // 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”.

125 Cfr., Sentencia SU-011 de 2018, que citó, a su vez, las Sentencias T-025 de 2015 y SU-1023 de 2001.

126 Cfr., Sentencia SU-011 de 2018, que citó, a su vez, la Sentencia T-203 de 2002.

127 Cfr., Sentencia SU-037 de 2019.

128 En relación con esta diferencia salarial, la Sala reconoce que esta comparación puede tener dificultades atendiendo a los aumentos anuales de sueldos. No obstante, resalta que este no sería el único criterio que permita desvirtuar la supuesta equivalencia entre los cargos.

129 Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC. Convocatoria No. 433 de 2016 – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF disponible en el siguiente enlace: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>

130 Resolución 13436 de 2016, (diciembre 29) “Por la cual se establece el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

131 “Por medio del cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de la Acción de Tutela promovida por la señora Jessica Lorena Reyes Contreras contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF” Anexo 16 de las pruebas remitidas a esta Corporación por la CNSC el 11 de noviembre de 2020 como respuesta al auto de pruebas proferido por el magistrado sustanciador el 4 de noviembre de 2020.

132 Respuesta de la CNSC al requerimiento realizado por el Magistrado sustanciador en el auto de pruebas del 4 de noviembre de 2020.

133 Anexo 16 de las pruebas remitidas a esta Corporación por la CNSC el 11 de noviembre de 2020 como respuesta al auto de pruebas proferido por el magistrado sustanciador el 4 de noviembre de 2020.

135 El texto de la resolución aparece como anexo remitido en el correo electrónico en el que la señora Jessica Lorena Reyes Contreras dio respuesta al auto del 4 de noviembre de 2020.

136 En el mismo sentido en que fue precisado previamente, la Sala reconoce que esta diferencia salarial puede tener dificultades atendiendo a los aumentos anuales de sueldos. No obstante, resalta que este no sería el único criterio que permita desvirtuar la supuesta equivalencia entre los cargos.

137 “Desarrollar los mandatos normativos y de política relativos al SRPA en el entorno familiar y el comunitario, en desarrollo de la finalidad restaurativa del Sistema. // Velar por la ejecución adecuada de los convenios suscritos por cualquier instancia del ICBF para el fortalecimiento de la protección de los niños, niñas y adolescentes. // Efectuar el monitoreo de los Comités de Adopción y Restablecimiento de Derechos. // Programa y efectuar el seguimiento de los niños, niñas y adolescentes adoptados y enviar reportes mensuales a la Subdirección de Adopciones. // Fomentar alternativas para los niños, niñas y adolescentes con declaración de adoptabilidad, a quienes por características especiales se les dificulte restituir su derecho de pertenecer a una familia por medio de la adopción y, en este caso, diseñar proyectos de vida para los mismos. // FUNCIONES SIGE: Implementar y monitorear el modelo de planeación y gestión de la entidad de acuerdo con las metodologías, procedimientos y normativa vigente. Gestionar los riesgos en los procesos que son de su competencia. Contribuir a la mejora continua optimizando la calidad en los procesos que son de su competencia. FUNCIONES GENERALES: Participar en la formulación del plan de acción de la dependencia, de acuerdo con procedimientos establecidos y teniendo en cuenta metas y políticas institucionales. Atender las peticiones y consultas técnicas relacionadas con los asuntos de su competencia. Rendir Informes a sus Jefes Inmediatos y a otras instancias de la entidad, de acuerdo con lineamientos establecidos. Las demás funciones que sean asignadas por la autoridad competente y que tengan relación directa con la naturaleza del cargo y el área de desempeño. // Ejecutar las acciones para el desarrollo de políticas y lineamientos, planes y programas en materia de primera infancia, niñez y adolescencia, familia,

poblaciones especiales y nutrición, de medidas de protección.

2. Ejecutar las acciones para la Implementación de programas de acción, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, en lo que le compete a la Regional. // Apoyar la operación y funcionamiento de los servicios de atención a la población víctima del conflicto armado interno, en especial de las Unidades Móviles en la atención humanitaria de emergencia, así como hacer seguimiento y evaluación. // Ejecutar acciones para el desarrollo de los mandatos normativos y de política relativos al SRPA, en relación al adolescente en conflicto con la ley, la víctima de su conducta punible, el entorno familiar y el comunitario en desarrollo de la finalidad restaurativa del Sistema. // Ejecutar acciones para garantizar los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley y de los niños y las niñas vinculados a la comisión de un delito. // Velar por la observación de los lineamientos técnicos para la atención de los adolescentes y jóvenes del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, acorde a las características y particularidades sociales, culturales, étnicas, entre otras, en su región. // Apoyar el reporte de las estadísticas del SRPA en su jurisdicción, así como realizar los informes solicitados sobre la oferta para el SRPA y el desarrollo de la misma en el Departamento, localidades, zonas, comunas o sectores. // Realizar campañas formativas, culturales y educativas de protección que apoyen la prevención a la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la utilización de los niños, niñas y adolescentes en la comisión de delitos. // Apoyar a los Centros Zonales en la implementación de los esquemas de operación y supervisión de los programas y servicios de protección en materia de restablecimiento de derechos y adopciones”. Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC. Convocatoria No. 433 de 2016 - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF disponible en el siguiente enlace <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>

138 “1. Suministrar información de soporte y participar en la consolidación de los planes del área financiera a nivel central y regional teniendo en cuenta la planeación institucional. // 2. Participar en la ejecución, consolidación, análisis, acompañamiento y seguimiento de los recursos y de la información financiera y tributaria del ICBF. // 3. Ejecutar el proceso financiero, procedimientos y actividades de planeación, presupuéstales, contables, de tesorería y de recaudo de aportes de acuerdo con las normas. // 4. Conciliar y depurar periódicamente las cuentas de los Estados Financieros de acuerdo con las normas expedidas por la Contaduría General de la Nación, generando y comunicando las alertas pertinentes. //

5. Revisar y analizar los Estados Financieros con sus anexos de las Direcciones Regionales asignadas con el fin de analizar, consolidar y transmitir los Estados Financieros de la Entidad. // 6. Realizar el seguimiento financiero del presupuesto de la Entidad en coordinación con las áreas responsables de la ejecución de los recursos, analizar de forma permanente su comportamiento y proponer los ajustes de acuerdo al procedimiento establecido. // 7. Participar en el registro, consolidación, administración, seguimiento, control y documentación de la información contable y tributaria del instituto en el aplicativo definido para tal fin de acuerdo con los procesos del ICBF y los lineamientos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. // 8. Participar en la administración, control, seguimiento y manejo del recaudo, registro de cartera, cobro y verificación del Aporte Parafiscal 3% a favor de la entidad. // 9. Realizar operaciones de Tesorería en relación con el registro y control del flujo de recursos recaudados y pagos, así como las demás generados por el proceso financiero. // 10. Realizar actividades tendientes a agilizar y mejorar la gestión de verificación del aporte parafiscal 3% y demás fuentes de ingresos y proceso administrativo de cobro coactivo de la Dirección Regional o Dirección General. // 11. Realizar actividades para la recuperación de recursos a favor de la Entidad por medio del proceso administrativo de cobro coactivo.// 12. Brindar asesoría y acompañamiento a las Direcciones Regionales en temas de planeación, presupuéstales, contables, tributarios y de tesorería de acuerdo con las políticas y procedimientos financieros del ICBF. // 13. Las demás que se le asignen y que correspondan a la naturaleza del empleo”. Resolución 13436 de 2016, (diciembre 29) “Por la cual se establece el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

139 La Sala reconoce que esta diferencia salarial puede tener dificultades atendiendo a los aumentos anuales de sueldos. No obstante, resalta que este no sería el único criterio que permita desvirtuar la supuesta equivalencia entre los cargos.

140 Ídem.

141 Ídem.

142 La Sala reconoce que esta diferencia salarial puede tener dificultades atendiendo a los aumentos anuales de sueldos. No obstante, resalta que este no sería el único criterio que permita desvirtuar la supuesta equivalencia entre los cargos.

143 Ídem.

144 Ídem.

145 Anexo Técnico No.2 de la segunda respuesta enviada por el ICBF a la Secretaría General el 27 de noviembre de 2020.

146 Así mismo lo consideró el ICBF en la documentación remitida en sede de revisión cuando resaltó que los empleos provistos por mandato judicial son “diferentes a los ofertados en la Convocatoria Pública 433 de 2016, (pues estos no cumplen con las funciones, propósito, grupo interno de trabajo y ubicación geográfica)”.

147 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-349 de 2019.

148 Ver, por ejemplo, los siguientes autos: A-004 de 1997, A-001 de 1998, A-189 de 2005 y A-252 de 2007.

149 Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2014.

150 Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011.