

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO PRIMERO DE MENORES  
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO  
POPAYAN -CAUCA-**

**19001-31-85-001-2020-00032-00**

**SENTENCIA No. 32**

Popayán, Cauca, agosto once (11) de dos mil veinte (2020)

**MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO:**

Resuelve el Despacho la **ACCION DE TUTELA** instaurada por la señora **LESSET ANDREA LIS GUERRERO**, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, y vinculadas por pasiva el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL CAUCA -ICBF-**, las **PERSONAS QUE FIGURAN EN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC No. 39066 DENOMINADO PROFESIONAL ESPECIALIZADO, CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA N° 433 DE 2016**, los **EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPAN EL MENCIONADO CARGO** y las **PERSONAS QUE TENGAN UN INTERÉS LEGÍTIMO FRENTE AL MISMO**.

**RESUMEN PROCESAL:**

**LA ACCION INCOADA:**

El 28 de julio de 2020, la señora **LESSETH ANDREA LIS GUERRERO** instauró la presente acción de tutela, para lo cual en un primer momento allegó un escrito tutelar que fue corregido mediante un segundo memorial que fue remitido en la misma fecha al correo de este Despacho, en el que manifiesta que, se inscribió y participó en la Convocatoria 433 de 2016, adelantada por la CNSC para proveer 2470 vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del ICBF, específicamente para la vacante identificada con el código OPEC No. 39066, denominado **PROFESIONAL ESPECIALIZADO**, código 2028, grado 17, ubicado en la Regional Cauca del ICBF.

Señala que una vez agotadas las etapas de la Convocatoria, la CNSC conformó la lista de elegibles para la mencionada vacante, mediante la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la que ocupó el sexto lugar entre las nueve profesionales que figuran en la misma.

Afirma que el 22 de noviembre de 2018, la CNSC expidió la Resolución 20182230156785 mediante la cual Revocó el Artículo 4° de las Resoluciones que contienen la lista de elegibles proferidas con ocasión de la citada Convocatoria, el cual señalaba: *“...una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidara 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 32620182020074485 del 18 de julio de 2018 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante la vigencia en los mismos empleos convocados...”*, lo que impidió que el ICBF pudiera usar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la cual actualmente se encuentra en el tercer turno de opción, ante el nombramiento de quienes ocuparon los primeros dos lugares y un fallo de tutela que ordenó el nombramiento en periodo de prueba de la persona que ocupó el tercer lugar.

Refiere que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017, por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF, creando 591 cargos de carácter permanente cuya denominación era de profesional especializado código 2028, grado 17, iguales a los que optó en la Convocatoria 433 de 2016, en el que se determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004, la cual fue modificada por la Ley 1960 de 2019, que establece en el artículo 6 lo siguiente: *“...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...”*.

Expone que el 1° de agosto de 2019, la CNSC aprobó y expidió “criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 en el que señaló *“En consecuencia, el nuevo régimen conforme con lo cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes, en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019 y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada...”*, por lo que al aplicarse el citado criterio y al haberse revocado el Artículo 4° de las Resoluciones contentivas de las listas de elegibles, no podrá ser tenida en cuenta, a pesar de que la Ley 1960 de 2019, precisa que rige a partir de su promulgación, debiendo ser acatada por el ICBF y la CNSC, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017 con la lista de elegibles expedida en razón de la Convocatoria 433 de 2016.

Informa que el 12 de marzo de 2020 solicitó al ICBF que le allegara una relación pormenorizada de la cantidad exacta de empleos en la planta de personal de carácter permanente del ICBF denominados profesional especializado trabajador social, grado 17, código 2028, creados mediante el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, indicando las ciudades o lugares donde se encuentran disponibles dichos cargos, ante lo cual el ICBF el 4 de junio de 2020, le contestó que no es posible acceder a su solicitud, toda vez que le reiteran que no existen vacantes definitivas en la ubicación geográfica a la cual se presentó de acuerdo con la lista de elegibles conformada para el empleo identificado con código OPEC 39066 que cumplan los requisitos de criterio unificado expedido por la CNSC, lo cual considera que no es del todo cierto, porque luego del fallo de sentencia de tutela No. 029 del 17 de junio de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función

de Conocimiento del Circuito de Popayán, fue ordenado el nombramiento en periodo de prueba la profesional OLGA LUCIA CHAVARRIA.

Asevera que no tiene garantía alguna frente al debido proceso y el derecho a la igualdad, por parte de las entidades accionadas, ya que el ICBF ha dado a conocer que para la utilización y nombramiento de las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, hay que agotar unas etapas administrativas y financieras sin determinar el tiempo que esto conlleva y sin tener en cuenta que las listas de elegibles quedaron en firme en el año 2018 y las posibles acciones que se adelanten estarán por fuera de la vigencia de éstas, lo que atenta contra su derecho al trabajo y al acceso a un cargo público para el cual ha realizado los méritos suficientes.

Por último cita diferentes fallos de tutela relacionados con la Convocatoria 433 de 2016, para que sean tenidos como referentes al momento de resolver sus pretensiones.

### **PRETENSIONES**

Solicita se tutelen sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, a la IGUALDAD, al TRABAJO y al ACCESO A CARGOS PUBLICOS y en consecuencia, se ordene al ICBF y a la CNSC, que realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y se use la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, y se proceda a expedir el Acto Administrativo que la nombra y posesiona en Carrera Administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017.

### **TRAMITE DEL CASO**

Mediante auto del 28 de julio de 2020, se ordenó la remisión de la presente acción al JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN, en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 1834 de 2015, como quiera que la misma guarda iguales características a la conocida por ese Despacho, radicada bajo el No. 2020-00024-00.

Por auto del 29 de julio de 2020, el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN, ordenó devolver la acción de tutela, al considerar que no era el primer Juzgado que avocó el conocimiento de una acción de tutela con las mismas características.

En atención a lo anterior, mediante auto del 29 de julio de 2020, se procedió a admitir la acción de tutela en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, vinculándose por pasiva al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL CAUCA**, con el fin de determinar si se presenta acción

u omisión que pueda afectar los derechos fundamentales reclamados. Así mismo, se ordenó vincular a **LAS PERSONAS QUE FIGURAN EN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC No. 39066 DENOMINADO PROFESIONAL ESPECIALIZADO, CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA N° 433 DE 2016**, los **EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPAN EL MENCIONADO CARGO** y las **PERSONAS QUE TENGAN UN INTERÉS LEGÍTIMO FRENTE AL MISMO**, ordenándose correr traslado a las entidades mencionadas y a los vinculados, por el término de dos (2) días para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, y la publicación de la acción de tutela en la página web del ICBF y la CNSC. De igual forma se concedió la medida provisional solicitada por la parte accionante, para lo cual se ordenó a la CNSC que de manera inmediata suspendiera el término de vencimiento de la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, proferida por la CNSC, mediante la cual se conformó la lista de legibles del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066.

#### **POSICIÓN DE LA PARTE ACCIONADA Y VINCULADA:**

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.-** El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto, manifiesta que la presente acción no cumple el requisito de subsidiaridad, como tampoco se está frente a un perjuicio irremediable, toda vez que la lista de elegibles en la que la actora ocupó la posición número seis, quedó en firme hace casi dos años y su inconformidad no es frente a la mencionada lista sino respecto a la aplicación de un acto de carácter general, proferido el 16 de enero de 2020 por la CNSC, denominado “*Criterio Unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019*”, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Indica que la accionante exige su nombramiento en un cargo para el que no guarda equivalencia con el cargo que aspiró en el marco de la Convocatoria, toda vez que, no cumple los requisitos establecidos en el Criterio Unificado, pues no existen vacantes para la OPEC para la cual participó, por lo que desconocer esa condición y aceptar el uso de otras OPEC, puede afectar los derechos de las personas que conforman esas listas de elegibles y que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC por haberse presentado para esas ubicaciones geográficas específicas desde el inicio de la convocatoria. Agrega que la OPEC, según definición de la CNSC, es «*el listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requiere cubrir una entidad, el cual se consolida, basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal*», por lo que la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada Convocatoria y en un establecimiento del orden nacional como el ICBF, que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó la respectiva OPEC para la Regional Cauca, Popayán, bajo criterios objetivos que no pueden ser desconocidos en el presente asunto.

Afirma que para el caso de la lista de elegibles de la OPEC 39066, prevista para proveer 2 vacantes, se procedió a efectuar el nombramiento de las personas que ocuparon los dos primeros lugares de elegibilidad, quienes ya tienen derechos de carrera por haber superado los 6 meses en periodo de prueba. Añade que para dar cumplimiento al «uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019» expedido por la CNSC el 16

de enero de 2020, se realizó la verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio citado [igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y en especial la ubicación geográfica], evidenciándose que para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, OPEC (39066) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual participó la accionante y hace parte de la lista de elegibles, existía la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por lo que se realizó la solicitud de uso de listas para las nuevas vacantes que se generaron con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, aplicando los criterios de “mismo empleo”, entre los cuales se encontraba la OPEC 39066 para proveer solamente una (1) vacante que se generó con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, la cual será provista por quien ostenta en estricto orden de mérito la posición número tres, tal y como lo autorizó la CNSC.

Resalta que, no existen vacantes definitivas en la Regional Cauca, para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, para el cual concursó la actora, pues no es cierto que mediante el Decreto 1479 de 2017, se crearon vacantes adicionales para ese cargo, como se puede observar en el mismo, por lo que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante, en tanto adelantó todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019; y estableció la procedibilidad de hacer uso de la lista de elegibles del caso concreto condicionada a la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Aclara que, en principio, con la expedición de la Ley 1960 de 2019 el ICBF y la CNSC emitieron distintos actos sobre la aplicación de esa norma, que consideraron viable únicamente para los concursos que se generaran a partir de su entrada en vigencia, el 27 de junio de 2019; no obstante, el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió criterio unificado sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y determinó, como órgano rector de la carrera administrativa que era procedente dar cumplimiento a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encontraban vigentes, ante lo cual el ICBF ha acatado lo previsto por este órgano especializado en el sistema de carrera administrativa, adelantando las acciones necesarias, de acuerdo con la reglamentación de la CNSC, lo que incluyó la revisión de más de 1000 listas, el pago de unas sumas de dinero a la CNSC y la solicitud de uso de las listas de elegibles aplicables, que conforme al Criterio Unificado, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los parámetros de *“igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”*, señalados por la CNSC.

Refiere que, la accionante alega una violación al derecho a la igualdad respecto a otros participantes de la Convocatoria 433 de 2016, sin percatarse que, cada una de las Ofertas Públicas de Empleo de Carrera a las que se inscriben los concursantes es diferente, pues contiene las características que definen el empleo que podrían llegar a ocupar, pues cada proceso de selección desarrollado por la CNSC (OPEC) tuvo en cuenta la ubicación, el nivel, el perfil y demás criterios que diferencian el cargo y conllevan una valoración específica de los requisitos para ello, y respecto a la ubicación geográfica, los aspirantes tuvieron en cuenta aspectos como número de vacantes de cada ubicación y si era viable aspirar a ubicaciones con una vacante o con veinte,

lo cual fue decidido desde el inicio de la Convocatoria y determinó el nivel de la competencia y dificultad de cada OPEC, por lo que la situación de la actora solo sería comparable con la de un concursante que se haya inscrito a su misma OPEC.

Después de citar diferentes decisiones judiciales, aclara que las proferidas antes de que la CNSC modificara su postura sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, lo cual ocurrió hasta el 16 de enero de 2020, no son aplicables al caso concreto y que ninguna de las decisiones que el Despacho pueda considerar como aplicables constituye precedente judicial, ni debe ser tenida en cuenta para resolver sus pretensiones, bien sea por inexistencia de cosa juzgada constitucional o por diferencia en los fundamentos fácticos y jurídicos que les dieron origen.

Solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela, por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, o en su defecto, que se niegue el amparo, al no advertirse vulneración de derecho alguno.

**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.-** El Asesor Jurídico de la Entidad señala que, consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO, se constató que la señora LESSET ANDREA LIS GUERRERO, concursó en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, para el empleo identificado con el código OPEC1 No. 34266, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 6, en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20182020074485 del 18 de julio de 2018, para proveer dos (2) vacantes, razón por la cual, no era posible que se realizara su nombramiento, pues no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo. Agrega que, respecto a los nombramientos, posesiones y en general en la administración de plantas de personal, la Comisión no tiene competencia, ya que dicha facultad se otorgó por la ley exclusivamente a los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, tal como lo prescribe el inciso final del artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015.

Resalta que, la accionante se encuentra sujeta no solo a la vigencia, si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad. Añade que conforme al Criterio Unificado sobre *«uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019»*, el cual señala, que mismo empleo, es aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección, un elegible puede ser nombrado en el empleo para el que concursó y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

Indica que, en el caso concreto el uso de las listas, ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de

elegibles, evento en el cual la entidad previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, deberá reportarlas en el aplicativo SIMO de conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 0001 de 2020, expedidos por la CNSC, para que sean provistos con la lista de elegible que se encuentre vigente.

Expone que, las medidas de Emergencia Sanitaria decretadas por el Gobierno Nacional no suspendieron las consecuencias jurídicas inherentes a la aplicación de las listas de elegibles, dejando indemne la vigencia de estas y permitiendo hacer uso de las mismas; no obstante, en cumplimiento a la orden dada por este Despacho, la fecha de vencimiento se encuentra suspendida.

Afirma que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1960 y lo dispuesto en el concepto dado por el criterio unificado del uso de listas realizado por la CNSC, se constató que durante la vigencia de la lista, el ICBF reportó una (1) vacante adicional a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, que cumplen con el criterio de mismos empleos, de conformidad con lo certificado por la Entidad, por lo que se procedió a emitir comunicación radicada con No. 20201020541321 del 21 de julio de 2020 mediante la cual se autorizó el uso de la Lista de Elegibles para la participante ubicada en la posición tres (3), de la aludida lista de acuerdo con la información reportada por el ICBF, no siendo posible que fuera ocupada por la actora ya que se encuentra en la posición 6, existiendo dos elegibles con mejor derecho, por lo cual en caso de que se hubiese generado una nueva vacante durante la vigencia de la lista, previo a proveerla con la accionante habría de agotarse la posición con mejor derecho.

Refiere que, en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse vigente el acto administrativo que conformó la lista, así como tampoco vacante que pueda ser provista, lo que hace evidente la inexistencia de una violación por parte de la CNSC a derechos fundamentales de la accionante, máxime cuando la acción de tutela se constituyó para proteger derechos fundamentales vulnerados y no como pretende la actora, para declarar la existencia de derechos en cabeza de quienes accionan.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se declare improcedente la presente acción, toda vez que la CNSC no ha vulnerado derecho alguno.

El ICBF REGIONAL CAUCA y las demás PERSONAS VINCULADAS, no comparecieron a la presente acción, a pesar de que fueron debidamente notificadas.

#### **LAS PRUEBAS OBRANTES EN AUTOS:**

**De la parte accionante.**

La señora LESSET ANDREA LIS GUERRERO, con la tutela anexó los siguientes archivos en PDF:

- Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 *“Por el cual se convoca a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016- ICBF.”*
- Constancia de inscripción de la actora a la convocatoria 433 de 2016.
- Resolución No. CNSC 20182020074485 del 18 de julio de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016- ICBF.”*
- 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.”*
- Resolución No. 10709 del 17 de agosto de 2018, *“Por medio de la cual se termina un nombramiento provisional, un encargo, y se hace un nombramiento en periodo de prueba en ascenso”*
- Derecho de petición del 11 de marzo de 2020, dirigido a la Dirección de Gestión Humana del ICBF, junto con los anexos.
- Oficio del 20 de abril de 2020, dirigido a la señora LESSET ANDREA LIS GUERRERO, suscrito por el Director de Gestión Humana (E) del ICBF.
- CRITERIO UNIFICADO *“Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”*, proferido por la CNSC, el 01 de agosto de 2019.
- Decreto 1479 de 2017 *“Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones”*
- Auto Interlocutorio No. 285 del 15 de abril de 2020, junto con la acción de tutela formulada por la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO.
- Sentencia de tutela de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la acción de tutela formulada por la señora JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, radicada bajo el No. 760013333021-201900234-01.
- Sentencia de tutela No. 029 del 17 de junio de 2020, proferida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO, dentro de la acción de tutela formulada por la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA contra el ICBF y la CNSC, radicada bajo el No. 190013185002 2020-00024-00.
- Sentencia del 23 de julio de 2020, proferida por la Sala No. 02 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, dentro de la acción de tutela formulada por la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA contra el ICBF y la CNSC, radicada bajo el No. 190013185002 2020-00024-00.

#### **De la parte accionada.**

**El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, aportó los siguientes archivos en PDF:

- Oficio radicado No. 202012110000180981 del 8 de julio de 2020, dirigido a la CNSC, suscrito por la Coordinadora Grupo de Registro y Control del ICBF, junto con la constancia de envío.
- Oficio radicado No. 20201020541321, del 21 de julio de 2020, dirigido a la Coordinadora Grupo de Registro y Control del ICBF, suscrito por el Director de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC.
- Relación de tutelas formuladas contra el ICBF, con ocasión a la Ley 1960.
- Pantallazo de la publicación de la acción de tutela.

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, aportó los siguientes archivos en PDF:

- Resolución No. CNSC 20182020074485 del 18 de julio de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016- ICBF.”*.
- Oficio radicado No. 20201020541321, del 21 de julio de 2020, dirigido a la Coordinadora Grupo de Registro y Control del ICBF, suscrito por el Director de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, junto con el soporte de envío.
- CRITERIO UNIFICADO *“USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”*, proferido por la CNSC, el 16 de enero de 2020.
- Circular Externa No. 0001 de 2020 del 21 de febrero de 2020, proferida por la CNSC.
- Auto No. 495 del 30 julio de 2020 *“Por el cual se da cumplimiento a la orden judicial emitida por el Juzgado Primero de Menores con Funciones de Conocimiento”*

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

### **1. LA ACCION DE TUTELA**

#### **1.1 DE LA COMPETENCIA:**

Este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y el artículo 2.2.3.1.2.1., del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el Decreto 1983 de 2017).

#### **1.2 DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

La tutela es una acción constitucional cuya legitimidad por activa está radicada en la persona cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o, excepcionalmente, del particular en los casos que señale la ley.

De acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada quien actuará por sí misma o por medio de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos. En el presente caso la accionante es la señora **LESSET ANDREA LIS GUERRERO**, persona mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.717.678, quien actúa a nombre propio, verificándose la legitimación por activa.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, así como en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública. En este caso, la demanda se dirige contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, entidades a las cuales se le atribuye la responsabilidad en la violación de los

derechos fundamentales aducidos por la accionante, vinculándose al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL CAUCA**, a las **PERSONAS QUE FIGURAN EN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC No. 39066 DENOMINADO PROFESIONAL ESPECIALIZADO, CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA N° 433 DE 2016**, a los **EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPAN EL MENCIONADO CARGO** y las **PERSONAS QUE TENGAN UN INTERÉS LEGÍTIMO FRENTE AL MISMO**, con lo que se completa la legitimación en la causa.

Una característica propia que exhibe este mecanismo constitucional es la de ser exceptiva, esto es, que sólo puede acudir a ella o sólo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De ahí su naturaleza restrictiva, subsidiaria o residual.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la accionante pretende que “*se ordene al ICBF y a la CNSC, que realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019*”, se tiene que la actora cuenta con otro medio de defensa como lo es la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución, la cual “*es el derecho que se le confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos.*”<sup>1</sup>

No obstante lo anterior, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-077 de 2018, ha señalado que: “*La acción de cumplimiento es un mecanismo judicial mediante el cual se pretende obtener cumplimiento a mandatos expresos contenidos en normas con fuerza material de ley o actos administrativos. Se trata de una acción subsidiaria respecto de la acción de la tutela, de manera que esta última es prevalente cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de una autoridad. En contraste, cuando la pretensión se dirige a que se garanticen derechos de orden legal o que la administración aplique un mandato legal o administrativo, específico y determinado, procede la acción de cumplimiento.*”, y como quiera que en el presente caso se busca la protección de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, a la IGUALDAD y al TRABAJO, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para estudiar el asunto.

Ahora bien, si en gracia de discusión se dedujera que la accionante pretende controvertir los actos administrativos proferidos en el marco del concurso de méritos, de igual manera este Despacho considera que se cumple el requisito de subsidiaridad, toda vez que al respecto la H. Corte Constitucional en sentencia T-059 de 2019, ha señalado que:

“*...Particularmente, 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*

---

1 Sentencia C-157 de 1998

vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un período fijo determinado en la Constitución o en la ley<sup>2</sup>. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico<sup>3</sup>.

(...) 20. Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento...”

Y teniendo en cuenta que la lista de elegibles de la que hace parte la accionante, estaba próxima a perder vigencia, por lo que fue necesario decretar la medida provisional solicitada referente a la suspensión del término de vencimiento de la misma, la acción de tutela es el único medio idóneo y eficaz para resolver el tema en cuestión, pues al someterla a acudir a los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se configuraría un perjuicio irremediable, aunado a ello, en atención a que en el presente caso está de por medio el principio del mérito como garantía de acceso a la función pública, los cuales tienen una trascendencia constitucional, se hace necesaria una decisión pronta, y eficaz.

El artículo 86 de la Carta Política, dispone que la acción de tutela está prevista para la protección inmediata de los derechos fundamentales, “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. De acuerdo con dicha regla, la jurisprudencia ha señalado que la procedencia de la acción de tutela está sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez, “ello implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados”. En el presente caso, se observa que la actora interpuso la presente acción, dentro de un término razonable, ajustándose el requisito de inmediatez que se exige para la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la CNSC, profirió el último criterio unificado el 16 de enero de 2020 y que la accionante el 4 de junio de 2020, tuvo conocimiento de la respuesta suministrada por el ICBF, mediante la cual despacho desfavorablemente su solicitud encaminada a identificar las posibles vacantes en las que consideraba podía ser nombrada.

## **2. PROBLEMA JURIDICO:**

Acreditados los requisitos de legitimación en la causa por activa y pasiva, subsidiariedad e inmediatez, corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso el ICBF y la CNSC, han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la actora, al no autorizar el uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, para nombrarla y posesionarla en carrera administrativa, en una de las 591

2 Ver, entre otras, las sentencias T-509/11, T-604/13, T-604/13, T-748/13, SU-553/15, T-551/17 y T-610/17.

3 Ver sentencia T-610/17.

vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, omitiendo el cumplimiento de los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 1960 de 2019.

Para resolver el problema jurídico, se tendrá en cuenta la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional referente al derecho fundamental al debido proceso administrativo y a la igualdad en los concursos de méritos y la convocatoria como ley del concurso, y la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.

### **El derecho fundamental al debido proceso administrativo y a la igualdad en los concursos de méritos y la convocatoria como ley del concurso.**

El concurso de méritos, como mecanismo del sistema de carrera, comporta *“un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permite garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma del Estado social de derecho”*<sup>4</sup>. Dicho mecanismo permite, *“mediante un procedimiento democrático, abierto, previamente conocido y reglado que los ciudadanos sometan a consideración de las autoridades su propósito de hacer parte de la estructura administrativa, mediante un análisis objetivo de su perfil profesional respecto de las necesidades para el ejercicio de una función, con lo cual se busca impedir tratamientos discriminatorios e injustificados en el acceso al servicio público”*<sup>5</sup>.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, ha sido enfática en reiterar que *“cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudir al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios”*<sup>6</sup>, con el objetivo de permitir: *“(i) la participación en la competencia de todas las personas por igual; y (ii) elegir a los mejores candidatos para desempeñar las funciones previstas, en razón a sus méritos”*<sup>7</sup>.

Así las cosas, el derecho a la igualdad en el concurso de méritos adquiere una connotación especial, de acuerdo a lo señalado en el numeral 7° del Artículo 40 de la Constitución, el cual establece que, todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado.

Frente al principio de igualdad de oportunidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado *“que se refiere a las ocasiones de las personas para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía. De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva”*<sup>8</sup>.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que, el derecho al debido proceso debe aplicarse sin excepción alguna en el concurso de méritos, pues

4 Sentencia C-1230 2005; Sentencia C-1079 de 2002.

5 Sentencia C-645 de 2017; Sentencia SU-539 de 2012

6 Sentencia C- 1122 de 2005, Sentencia C-288 de 2014

7 Sentencia C-333 de 2012

8 Sentencia C-588 de 2009.

conforme lo señala el artículo 29 Superior, su aplicación no es solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas; al respecto, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha indicado que:

*“...la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.”<sup>9</sup>*

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, regula el sistema de carrera administrativa, y es norma reguladora de todo concurso, que obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas y a sus participantes; por lo tanto, las reglas establecidas en las convocatorias deben ser acatadas por los intervinientes, conforme lo ha precisado la H. Corte Constitucional al señalar:

*“...el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”<sup>10</sup>*

En este orden de ideas, la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa<sup>11</sup>. En este sentido la H. Corte en sentencia SU-913 de 2009 determinó que:

*“(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento*

9 Sentencia T-442 de 1992, reiterada en sentencia C-341 de 2014

10 SU 446 de 2011

11 T-090 de 2013.

*de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.”<sup>12</sup>*

## **La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.**

De acuerdo a lo señalado por la H. Corte Constitucional la lista de legibles “es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que **deben** ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.”<sup>13</sup>

Respecto al uso de las listas de elegibles el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-112 A de 2014, señaló:

*“Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”<sup>14</sup>. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas<sup>15</sup> y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.*

(...)

*Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.*

*El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995<sup>16</sup>, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.<sup>17</sup>*

*En otra oportunidad, la Sentencia de unificación 446 de 2011 concluyó que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las convocatorias realizadas, puesto que por un lado, la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar y, por otro lado, ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles podría ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados. Sin embargo; aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, ya que reconocía el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos*

---

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> Sentencia SU-446 de 2011.

<sup>14</sup> Sentencia SU-913 de 2009

<sup>15</sup> Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

<sup>16</sup> Artículo 145. Lista de elegibles. La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación.

<sup>17</sup> Ver sentencia C-319 de 2010. En idéntico sentido la Sentencia T-294 de 2011.

convocados, pero en el caso concreto que se estudiaba el legislador no había consagrado una norma similar por lo que los supuestos de hecho no eran los mismos. En el mismo sentido la Corte añadió:

*“Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se lleve a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.”<sup>18</sup> (Subrayado fuera de texto)”*

## CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio la señora **LESSET ANDREA LIS GUERRERO**, interpone acción de tutela en contra del ICBF y la CNSC, al considerar que le han vulnerado sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, a la IGUALDAD, al TRABAJO y al ACCESO A CARGOS PUBLICOS, al no autorizar el uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, para nombrarla y posesionarla en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, omitiendo el cumplimiento de los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019.

El ICBF y la CNSC, después de hacer un recuento de lo sucedido en el presente caso, señalan que no han vulnerado derecho alguno.

Ahora bien, para determinar si las entidades accionadas han transgredido los derechos invocados por la actora, se procederá hacer un recuento de las actuaciones surtidas dentro del concurso de méritos Convocatoria No. 433 de 2016, haciendo énfasis en el cargo identificado con la OPEC No. 39066 denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17, en el cual se inscribió, así:

- Mediante Acuerdo N° CNSC-20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria N° 433 de 2016 -ICBF-

- El 04 de septiembre de 2017, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1479 de 2017, modificó la planta de personal del ICBF, suprimiendo cargos temporales y creando cargos permanentes, y a su vez, el ICBF en cumplimiento de dicho Decreto expidió la Resolución 7746 del 5 de septiembre de 2017 en el sentido de distribuir 3.737 cargos a la planta global de la entidad, sin referirse al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2028-17 OPEC 39066; evidenciándose que las 591 vacantes que se crearon en virtud de ese decreto no se han ofertado como lo aduce la actora.

---

<sup>18</sup> Ver Sentencia SU-446 de 2011, párrafo 6.5.

- Una vez agotadas las etapas del concurso la CNSC, emitió las respectivas listas de elegibles, entre estas, la contenida en la Resolución No. CNSC – 20182020074485 del 18 de julio de 2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028 Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, en la cual se observa que la señora LESSET ANDREA LIS GUERRERO, ocupó la posición número 6 y que se consagró en el artículo 4° de la misma 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.*

- El 13 de septiembre de 2018, se posesionaron las personas que ocupaban el puesto número 1 y 2 de la mencionada lista de elegibles.

- Mediante Resolución No. CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, la CNSC, revocó el artículo 4° de las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, al considerar que no se encontraba en consonancia con el Decreto 1894 de 2012, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado en el Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016, en lo dispuesto en su artículo 62, lo que no permitió que el ICBF usara la lista para proveer las vacantes existentes.

- El 4 de diciembre de 2018 la C.N.S.C. expidió LA Resolución No. C.N.S.C – 20182230162005, declarando desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en la convocatoria No. 433 de 2016 - I.C.B.F., respecto del código **2028**, grado 17, al que se postuló accionante dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – I.C.B.F.

- Mediante el artículo 6 de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, se modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el cual quedó así: *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de 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.”*

En relación con la aplicación de la Ley 1960 de 2019, la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, el 01 de agosto de 2019, aprobó el CRITERIO UNIFICADO “lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” en el que se estableció que las listas de elegibles anteriores a la vigencia de dicha ley no podían ser aplicables para nuevos cargos que surgieran con posterioridad a la misma; sin embargo, dicha Entidad en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el “CRITERIO UNIFICADO USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019”, en el cual se estableció lo siguiente: *“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”** entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes;*

criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC..” lo cual concuerda con la situación de la accionante, ya que se ha evidenciado que existen cargos cubiertos en provisionalidad iguales al que concursó y fue convocada en la respectiva lista de elegibles.

- El 11 de marzo de 2020 la señora LESSET ANDREA, solicitó al Director de Gestión Humana (E) del ICBF, que le allegara “una relación pormenorizada de la cantidad exacta de empleos en la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” denominados profesional especializado trabajador social grado 17 código 2028 creados mediante decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 emitido por el Departamento administrativo de la prosperidad social así mismo las ciudades o lugares donde se encuentran disponibles dichos cargos.”

- Mediante oficio radicado con el No. 202012100000096571 del 20 de abril de 2020 el Director de Gestión Humana (E) del ICBF, dio respuesta a la mencionada solicitud, relacionando las situaciones administrativas que se han presentado con la lista de elegibles de la OPEC No. 3906, e indicándole a la actora que “no es posible acceder a su solicitud de suministrar los datos de las vacantes, pues se reitera que no existen vacantes definitivas en la ubicación geográfica a la cual se presentó de acuerdo con la lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el Código OPEC 39066, que cumplan con los requisitos del criterio unificado expedido por la CNSC”

- En el mes de junio de 2020 la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, quien ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles de la OPEC No. 39066, al percatarse de la existencia de vacantes en el mismo empleo, instauró una acción de tutela con igual pretensión a la invocada en este asunto, la cual fue conocida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN, que al ratificar la existencia de las vacantes, mediante sentencia del 17 de junio de 2020, resolvió: “...TUTELAR los derechos fundamentales al Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos a favor de OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA. **TERCERO:** ORDENAR al **ICBF** que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario. (ii) La **CNSC** una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito. Se insta a las accionadas, que obren con total diligencia, y de manera coordinada, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.”

Tutela que fuera confirmada en segunda Instancia por la Sala N° 2 de asuntos penales para adolescentes del H. Tribunal Superior de Popayán, mediante sentencia del 23 de julio de 2020, M.P. María Consuelo Córdoba Muñoz, señalando entre otras consideraciones que:

“Como quiera que la lista quedó en firme el pasado 18 de julio de 2018, es claro que estamos a escasos días que pierda vigencia, pero al revisar los informes suministrados por los entes accionados, se vislumbra que no han sido ofertados los cargos que fueron creados con el decreto 1479 de 2017 en un total de 591 cargos código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF y al haberse conformado una lista de elegibles y las dos primeras personas que antecedían a la señora OLGA

TUTELA 190013185001-2020-00032-00

ACCIONANTE: LESSET ANDREA LIS GUERRERO

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC).

VINCULADOS: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL CAUCA, Y OTROS.

*LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, adquirieron sus derechos de carrera en el empleo, paso esta de estar en la posición No. 3, a ocupar la primera 1ª, pero no se conformó lista, bajo el argumento que inicialmente no quedó en una posición privilegiada, tesis que no tiene sustento legal, pues a manera de ejemplo el segundo no hubiese podido nunca ser el primero.*

*Empero, el I.C.B.F. nominador conocía de la existencia de vacantes en el empleo para el cual se postuló la accionante, y las creadas con el Decreto 1479 de 2017, más las que generaron con la declaratoria de desiertas de los recursos, y la creación de cargos permanentes, de “PROFESIONAL ESPECIALIZADO COD 2028 GRADO 17 OPEC 39066.”...*

- En el mencionado fallo de tutela, se observa que el Director de Gestión Humana (E) del ICBF, certificó en su momento que *“respecto a las vacantes definitivas del empleo Profesional Especializado Código 2028 grado 17 con las que cuenta el ICBF, incluidas las creadas con el Decreto 1479 de 2017, en la Regional Cauca, sede Popayán, que existe una vacante de igual denominación, y presenta un cuadro relacionando un total de 59 cargos por proveer a nivel nacional, de entre los cuales hay 11 con perfil OPEC de Trabajo Social, incluida la opción de la ciudad de Popayán”.*

- El 08 de julio de 2020, la Coordinadora del Grupo de Registro y Control, solicitó a la CNSC, el uso de lista de elegibles Convocatoria 433-2016, OPEC No. 39066, en cumplimiento de la Ley 1960 de 2019, Criterio Unificado de la CNSC y fallo de tutela.

- Mediante oficio radicado No. 20201020541321, del 21 de julio de 2020, dirigido a la Coordinadora Grupo de Registro y Control del ICBF, el Director de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, autorizó el uso de diferentes listas de elegibles entre las cuales se encontraba la del empleo identificado con OPEC No. 39066 denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, para la provisión de una vacante.

De acuerdo con lo anterior, se considera que las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la actora, toda vez que, a pesar de existir un fallo de por medio, que les ordena que procedan a registrar las vacantes respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargo Código OPEC N° 39066 denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF y autorizar el uso de la mencionada lista de elegibles, a la fecha no lo han hecho, a pesar de que existen vacantes con la misma denominación del empleo en el cual se encuentra la señora LESSET ANDREA, en la lista de elegibles, teniendo un derecho subjetivo actual, como quiera que en virtud a la suspensión del termino de vencimiento de dicha lista, en este momento se encuentra vigente.

Debe resaltarse que si bien en el presente caso el ICBF, señaló que no existen vacantes para el empleo pretendido por la accionante, lo cierto es que en la acción de tutela, conocida por el Juzgado Homólogo, la cual tenía fundamentos facticos similares a esta, se evidenció la existencia de varias vacantes, con las mismas características del empleo pretendido; no obstante, el ICBF, solo ofertó un solo cargo, sin pronunciarse frente a los demás.

Aunado a lo anterior, llama la atención del Despacho, que el ICBF, al impugnar la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN, dentro de la acción de tutela formulada por la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA

ARBOLEDA indicó: “se informa que en el ICBF en la actualidad, NO existen vacantes definitivas en la Regional Cauca que cumplan con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC expedido el 16 de enero de 2020 en relación con la OPEC 39066. Pues si bien es cierto, en comunicación remitida a la accionante se informó que existían dos vacantes se aclaró que las dos vacantes señaladas en la imagen no cumplen con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC para la OPEC 39066, en razón a que la vacante provista mediante nombramiento provisional en el C.Z. Popayán corresponde al perfil de Psicología, es decir que los requisitos y funciones son diferentes a la OPEC a la cual se presentó”, no obstante, al contestar la presente acción señaló: “Se validaron las 1.196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Como resultado de lo anterior, se evidenció que para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, OPEC (39066) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual participó la accionante y hace parte de la lista de elegibles, existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. (...) Para la provisión de una (1) vacante del empleo No. 39066 denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, es posible hacer uso de la lista de legibles, con el elegible que se relaciona a continuación: ...NOMBRE: OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA...”, lo que demuestra que el ICBF, no está suministrando una información correcta de los empleos que efectivamente pueden ser provistos con las listas de elegibles; ante lo cual, no es posible dar credibilidad a sus manifestaciones referentes a la no existencia de vacantes, pues no existe una información consistente al respecto, lo que a su vez no permite establecer que efectivamente estén dando cumplimiento a la Ley 1960 de 2019, tal como lo han señalado; pues al no identificar de manera clara todas las vacantes y realizar los trámites para proveerlas, se estaría omitiendo su cumplimiento, y a su vez estaría atentado con el principio de transparencia y confianza legítima que le asiste a las partes que intervienen en el Concurso de Méritos.

Así las cosas, como quiera que el ICBF, no demostró haber ofertado todas las vacantes del empleo identificado con la OPEC No. 39066 denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, certificados en la constancia expedida a la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, obstaculizando el uso de la lista de legibles del mencionado cargo, lo cual no ha permitido el nombramiento de las personas que figuran en la misma, es necesario amparar los derechos de la accionante, quien al ocupar la posición número seis y haberse nombrado las tres primeras personas de la lista, guarda una expectativa legítima de ser nombrada, al existir más vacantes por proveer.

Frente a lo anterior la H. Corte Constitucional ha señalado que:

*“la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo.”<sup>19</sup>*

Así mismo, este Despacho acoge los planteamientos expuestos en tutelas de iguales características, proferidas el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali, la del 9 de junio de 2020 que confirmó la decisión del 28 de abril de 2020 del Juzgado Segundo Laboral, la del 5 de agosto de 2020 del Tribunal Administrativo del Cauca que confirmó la proferida por el Juzgado 4° Administrativo de Popayán, y en especial la del 23 de julio de 2020 proferida por la Sala N° 2 de asuntos penales para adolescentes del H. Tribunal Superior de Popayán que confirmó la proferida por el Juzgado

Homólogo, -en contra de las mismas accionadas-, decisiones que ampararon el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles, contenido en la Convocatoria N° 433 de 2016 -ICBF.

En ese orden de ideas, se procederá a ordenar al ICBF que de manera inmediata, proceda a registrar las vacantes existentes, respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028 Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, en el SIMO y expida el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro. Una vez realizado lo anterior, se ordenará a la **CNSC**, que de manera inmediata elabore y autorice el uso de la lista de elegibles para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá al **ICBF** para que nombre a la aspirante, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente caso la Resolución No. CNSC – 20182020074485, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028 Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, perdía vigencia el 30 de julio de 2020 y en virtud de la medida provisional decretada por este Despacho, se suspendieron los términos mediante auto No. 0495 de 2020 del 30 de julio de 2020, se hace necesario, mantener dicha suspensión, hasta tanto las entidades accionadas den cumplimiento a la citada orden.

#### **D E C I S I O N :**

En mérito de lo anterior, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DE MENORES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **R E S U E L V E :**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, a la señora **LESSET ANDREA LIS GUERRERO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.717.678, de conformidad con las consideraciones realizadas en precedencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, que de manera inmediata, proceda a registrar las vacantes existentes, respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028 Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 –*

ICBF”, en el SIMO y expida el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro.

**TERCERO: ORDENAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que una vez cumplido lo anterior, de manera inmediata elabore y autorice el uso de la lista de elegibles para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remita al **ICBF** para que nombre a la aspirante, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

**CUARTO: ORDENAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que mantenga la suspensión del término de vencimiento de la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, ordenada mediante el auto del 29 de julio de 2020, hasta tanto se den cumplimiento a lo ordenado en los anteriores ordinales.

**QUINTO: ADVERTIR** al **ICBF** y a la **CNSC**, que el incumplimiento a esta orden judicial, podrá ser sancionado de conformidad con el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes personalmente o por cualquier otro medio de comunicación previsto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Para el efecto remítase el expediente al CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES de estas Unidad.

**SEPTIMO:** Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.-

**OCTAVO: DISPONER** la remisión electrónica del expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, en el evento de no ser impugnado, a través del CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES de estas Unidad.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LA JUEZA,**



**CARMEN JIMENA GUZMÁN LÓPEZ**