

REPUBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYÁN
JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**

Calle 5 A 1-11 Telefax 8208535
j02mepayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sentencia de Tutela No. 029

Proceso No. 19001-31-85-002-2020-00024-00

Popayán, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

Se resuelve la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, identificada con C.C. No. 31.490.902, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS. De manera oficiosa se vinculó al ICBF Regional Cauca, al profesional Yon Gelber Borda Álvarez y a los terceros interesados.

ANTECEDENTES

La accionante solicita se protejan los derechos reclamados y en consecuencia se ordene a las accionadas, cumplan lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018 y procedan a su nombramiento en el cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, expidiendo los actos administrativos de nombramiento y posesión, en una de las 591 vacantes definitivas, creadas por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que participó en la convocatoria No. 433 de 2016, convocada por el ICBF y la CNSC, inscribiéndose para el cargo referenciado, para proveer dos (2) cargos en la Regional Cauca.

Informa que la lista de elegibles quedó conformada y en firme con la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 expedida por la CNSC, quedando en lista de elegibles nueve (9) profesionales, ocupando la accionante el tercer lugar.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No. 20182230156785, que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, situación que impidió que el ICBF pudiera utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la cual ella ya se encontraba en el primer lugar de elegibilidad, en atención a que las dos primeras participantes, ya habían sido nombradas mediante resoluciones No. 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.

Luego el gobierno nacional expidió el Decreto No. 1479 de 2017, *“por el cual suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF”*, creando 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de Profesional especializado código 2028, grado 17,

similares al que optó en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, en cuyo artículo 6 establece: *"El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el: *"Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019"*, adoptando la siguiente postura: *"Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el 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 y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada."*

Asevera que antes de presentar esta acción, solicitó al ICBF, entre otros puntos, información sobre los cargos a nivel nacional existentes por proveer, y obtuvo respuesta con oficio del 20 de marzo de 2020, recibido en su correo electrónico el 2 de abril siguiente, y le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y además le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento.

En un segundo derecho de petición presentado el 29 de abril de 2020, solicita se realice el nombramiento en el cargo vacante por ocupar en la actualidad el primer lugar de la lista de legibles o se le nombre en uno de los cargos creados con el Decreto 1479 de 2017 en cualquier ubicación geográfica, empero no ha obtenido respuesta alguna, pese a que acusaron recibido en la misma fecha de envío, es decir el 29 de abril de 2020.

Para soportar sus argumentos, adjunta dos sentencias de tutela por hechos similares, que fueron fallados en favor de los accionantes.

Así mismo, el 12 de junio de 2020, a las 6:51 de la tarde, la accionante remite al correo institucional, escrito de ampliación de tutela, anexando copia de fallo de segunda instancia de fecha 9 de junio de 2020 del Tribunal Superior de Popayán–Sala Laboral, que confirma la sentencia de primera instancia propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, contra las mismas entidades accionadas en esta tutela.

Pretensión

Solicita la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos y se ordene al ICBF y a la CNSC que en el término de 48 horas siguientes al fallo de esta acción, realicen los trámites administrativos y se dé cumplimiento a lo ordenado en los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución No 20182020074485 del 18 de julio de 2018 de la CNSC por la cual proveyeron 2 vacantes del empleo identificado con el código OPEC 39066, denominado profesional

especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF y se proceda a expedir el acto administrativo que la nombre y posea en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

Contestación de las Accionadas y vinculados

EL Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", en escrito suscrito por el abogado Edgar Leonardo Bojaca Castro, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, allegó vía correo electrónico el 9 de junio de 2020 a las 5:21 p.m., lo siguiente:

Informa que se le dio respuesta de fondo y oportuna a la petición de fecha 3 de marzo de 2020, y en cuanto a la segunda petición, se encuentra dentro del término, según el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 491 de marzo 28 de 2020, que amplía los términos para atender las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la emergencia sanitaria, ampliando los términos regulados en la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en las normas vigentes, el ICBF realizó los nombramientos en período de prueba de las personas que en mérito ganaron el concurso, por lo cual las dos personas ya tienen derechos de carrera por haber superado los seis meses de periodo de prueba, por ende el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 39066 en el que participó la accionante, ya se surtió con el nombramiento y posesión de las participantes que ocuparon los 2 primeros lugares.

En esta respuesta no se aporta el listado de todos los cargos vacantes en forma definitiva a nivel nacional, como sí lo hace el profesional Jhon Fernando Guzmán Uparela, en respuesta dada a la accionante, de fecha 20 de marzo de 2020, referente al cargo de profesional especializado código 2038, grado 17 (provista en encargo, nombramiento provisional –sin proveer–vacantes desiertas) con las que cuenta el ICBF, incluidas las creadas con el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol, definido en el manual específico de funciones y competencias laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016, relacionando en dicha respuesta con radicado No. 202012100000077691 del 3 de marzo de 2020, que en la Regional Cauca, con sede en Popayán, existe una vacante de igual denominación, y presenta un cuadro con 59 cargos por proveer a nivel nacional, de entre los cuales hay 11 con perfil OPEC de Trabajo Social, incluida la opción en esta capital.

Por tanto, el ICBF solicita se declare improcedente la tutela, por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental, subsidiariedad y perjuicio irremediable y que en el evento que se estime procedente, solicita sea negada, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

A su turno la **Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC"**, en cabeza del abogado Carlos Fernando López Pastrana, Asesor Jurídico, allegó vía correo electrónico el 9 de junio de 2020, en los siguientes términos:

Aduce que la accionante participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo con el código OPEC No. 39066, y que, una vez superadas las fases del

concurso, se publicó la Resolución No. 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 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 la accionante ocupó la tercera posición con un puntaje de 75.58 puntos.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019, esta tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

De surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otros, éstas deban ser provistas con los integrantes de la lista conformada para el empleo No. 39066 durante el término de vigencia de la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, pero hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 39066.

En el caso que el ICBF, a la fecha, disponga de nuevas vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (se refiere al grupo normativo de referencia sobre el cual se procesan las calificaciones de la prueba escrita para cada OPEC), deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Solicita entonces, se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal de dicha entidad, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza de su Representante legal.

Yon Gelber Borda Álvarez, vinculado de manera oficiosa a la presente acción, manifestó que la accionante pretende se haga valer los beneficios de la ley 1960 DE 2019, la cual concede ciertos socorros a futuro de los cuales busca favorecerse, para que la nombren en los cargos de planta creados en 2017, de tal forma que busca un beneficio indebido de retroactividad.

Reconoce que se le permitió acceder al concurso 433 de 2016 y se le han brindado todas la garantías dentro de un proceso en el marco jurídico que lo reglamentaba y que dentro del mismo debe reconocer que aunque haga parte de una lista de elegibles, en su momento no fue la persona con más cualidades al reunir las características ni la idoneidad requeridas para desempeñar determinado cargo por el cual participo y tan solo paso a ser parte de la lista de elegibles de un cargo que tiene una estructura de examen específico de acuerdo con su manual de funciones, de tal forma que sería inapropiado de igual manera alegar similitud con otros, buscando beneficios personales en vacíos de la norma afectando de manera directa el interés general.

Las consecuencias directas de acceder a su solicitud, impulsaría a otros actores, con los mismos principios, a realizar similares reclamos, con afectación de toda la planta de personal creada por Decreto 1479 de 2017, no cobijado

por la convocatoria 433 de 2016, ni reglada por la ley 1960 de 2019, más cuando esta última estipula: "Artículo 7º. *La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.*", por tanto no indico regir hacia atrás, además se entendía que la única forma de surtir un cargo o empleo público sería mediante concurso de méritos, y esta razón se convierte en un hecho de interés general para el país porque permite dar cumplimiento al acceso al empleo público consagrado en el art 40 numeral 7 de la Constitución, reconocido que los empleos que ostentan se configuran para una próxima convocatoria donde puede participar en igualdad de condiciones.

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Cauca y los Terceros interesados**, pese a estar notificados y vinculados a la presente acción, no se pronunciaron frente a los hechos.

PRUEBAS

Se allegaron al instructivo los siguientes soportes probatorios al correo institucional, en forma digital, las siguientes:

Por parte del **accionante**:

- 1.- Fotocopia de Cédula de ciudadanía.
- 2.- Acuerdo No CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016
3. Captura de pantalla de inscripción a la convocatoria 433 de 2016.
4. Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 la CNSC
5. Resolución 20182230156785 de la CNSC.
6. Resolución 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.
7. Petición al ICBF del 3 de marzo de 2020 y su respuesta.
8. Petición al ICBF del 29 de marzo de 2020.
9. Captura de pantalla con acuso de recibido del ICBF.
10. Criterio unificado de la CNSC sobre las listas de elegibles.
11. Decreto 1479 de 2017.
12. Sentencia No 025 de 28-04-2020 -Juzgado 2 Laboral de Popayán.
13. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de 18 de noviembre de 2019.

Por parte del **ICBF**:

Relación de acciones de tutela, tramitadas en contra de la entidad.

Por la **CNSC**:

- 1.- Resolución No. 20182230053135 del 22-05-2018.
- 2.- Criterio Unificado "Uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019".
- 3.- Circulas externa No. 0001 de 2020.
- 4.- Acuerdo No. CNSC – 2016000001376 DEL 05-09-2016.
- 5.- Resolución No. 4411 de 2020 10-03-2020.
- 6.- Notificación control de publicaciones – CNSC – 31719 – Publicada.

El vinculado **Yon Gelber Borda Álvarez**:

Oficio S-2017-533061-8500 del 2017-10-02 y Resolución No. 8941 del 28 de septiembre de 2017.

CONSIDERACIONES

Competencia:

De conformidad con lo establecido por el artículo 86 superior y Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 1983/17, éste Despacho con categoría de Circuito es competente para conocer y decidir, en primera instancia, la acción de amparo deprecada.

Problema Jurídico:

Determinar si el ICBF y la CNSC, han vulnerado los derechos fundamentales al Debido proceso, Igualdad, Trabajo y Acceso a cargos públicos invocados por la accionante, así como el derecho de Petición, al no realizar su nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme lo establece la Ley 1960 de 2019.

En este contexto, se hará un análisis sobre (i) la Procedencia de la acción de tutela (ii) Procedencia de la tutela para controvertir actos administrativos expedidos en concurso de méritos; Derechos invocados y (iii) resolución del caso concreto.

(i) Procedencia de la acción de tutela.

Legitimación en la causa:

Por activa:

La actora es persona natural, mayor de edad con plenas facultades, quien interviene en procura de la protección de derechos de rango fundamental.

Por pasiva:

El ICBF y la CNSC son entidades públicas, al igual que el vinculado ICBF Regional Cauca, respecto de las cuales se aduce la vulneración de derechos fundamentales, actuaron a través de su apoderado judicial y en forma personal, cada uno legalmente autorizado para representar sus intereses en sede judicial.

El vinculado Yon Gelber, aduce que la decisión que se adopte, también repercute en lo que a él concierne, o en los que estén en situación similar.

(ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Sentencia T -090 de 2013.

"3.1. ... la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización

a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Entonces, procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado”.

Convocatoria como norma reguladora del concurso de méritos.

... “el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Sobre el tema la Sala Plena al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009, consignó 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 las 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 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.

4.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, 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”.

De los derechos al acceso a cargos públicos y al trabajo

“La jurisprudencia ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público consiste en la prerrogativa que tiene toda persona de presentarse a concursar, luego de haber acreditado los requisitos previstos en la respectiva convocatoria, y, una vez superadas las etapas del concurso, a evitar que terceros restrinjan dicha opción. Ciertamente, el ámbito de su protección se circunscribe a (i) “la posesión [hace referencia al acto de posesión en un cargo público] de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo”, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para posesionar a la persona que ha cumplido con las exigencias previstas por el concurso, (iii) la facultad del concursante de elegir de entre las distintas opciones de cargos públicos disponibles, de ser el caso, aquella que más se ajuste a sus preferencias y (iv) la prohibición de “remover de manera ilegítima” a una persona que ocupa un cargo público”.

En relación con el acceso a los cargos públicos, la jurisprudencia ha indicado que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, una vez ha superado satisfactoriamente las pruebas aplicadas en la convocatoria. Es, precisamente, en este supuesto que el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del triunfador. Lo anterior significa que “la vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.

El Debido proceso

El respeto al debido proceso involucra “los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración”. Esto significa el deber de la entidad administradora del concurso de (i) fijar de manera precisa y concreta las condiciones, pautas y procedimientos del concurso, (ii) presentar un cronograma definido para los aspirantes^[95], (iii) desarrollar el concurso con estricta sujeción a las normas que lo rigen y, en especial, a las que se fijan en la convocatoria, (iv) garantizar “la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes”, (v) asegurar que “los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado” y (vi) no someter a los participantes a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas. En tales términos, esta Corte ha indicado que la acción de

tutela procede únicamente ante la necesidad de "adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho.

El derecho a la igualdad

"El artículo 13 superior establece que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial, pues según lo previsto por el artículo 40 Superior, 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. Solo de esta manera se puede asegurar la transparencia que debe regir en este tipo de procesos y cumplir con su objetivo, es decir, que se elija a la persona que se encuentre mejor capacitada para desempeñar el cargo".

El Derecho de petición.

Para la protección del derecho de petición contenido en el artículo 23 superior, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente a éste, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizarlo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a sus derechos no fue producida o comunicada dentro de los términos que la ley señala, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a esta acción.

Ahora, el artículo 5º del Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020 dispone: *"Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: "Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción."

(ii) Caso concreto

El presente asunto aborda la situación de una ciudadana que participó en un concurso de méritos convocado por el ICBF, -Convocatoria 433 de 2016-,

donde ocupó el tercer lugar, pero que luego de posesionadas quienes ocuparon los dos primeros puestos, pasó a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles.

Casi que en el mismo tiempo, por Decreto 1479/17 el ICBF avoca una reorganización interna, y se crean más de medio centenar de cargos ya de carácter permanente, de similares características al optado por la accionante en la susodicha convocatoria.

Luego se expide la Ley 1960/19 que modificó la Ley 909/04, y uno de sus artículos crea una controversia sobre la forma de utilizar la lista de elegibles, entonces la Comisión Nacional del Servicio Civil expide un criterio unificado sobre el manejo que debe darse a la lista de elegibles, de suerte que uno de los planteamientos centrales para que no se acceda al petitum de la accionante, -ser nombrada en uno de esos cargos- es que la nueva Ley no tiene efectos retroactivos, sino que rige hacia el futuro.

Cabe señalar que tutelas como la presente, se han adelantado en varios despachos judiciales, fallos que la accionante ha traído a la palestra, como forma de fundamentar que le asiste razón en el caso en particular, máxime la inminencia de la fecha de expiración de la lista de elegibles para el mes de Julio del presente año.

Y es que la Litis no es de poca monta, si reparamos que el tema de la aplicación correcta de un Concurso de méritos afecta el devenir de tantas personas que concurren, y luego de pasar los diversos filtros aspiran a que, estando en lista de elegibles y cuando se dé la oportunidad, sean tenidas en consideración.

Lo anterior, para lograr que el personal más idóneo y preparado asuma las funciones que un cargo requiere, y como forma también de que la estructura del Estado tenga como principio el **Mérito**, -artículo 125 superior- por encima de cualquier consideración de orden clientelista, que la mayor de las veces permea nuestras instituciones.

Es desde esta perspectiva que hay que realizar la lectura del presente caso, para de esa forma materializar ese amplio catálogo de derechos que tiene la Carta, pero que tantas veces se quedan en la teoría y en una mera expectativa, por cuanto este Concurso de méritos no ha estado ajeno a las vicisitudes, ya de orden jurídico, en cuanto atañe a la interpretación de normas, o de orden práctico, *como es que las directivas no asuman a plenitud el nuevo orden.*

Esto último se avala, porque previo a la interposición de la tutela, la accionante elevó ante el ICBF, sendos derechos de petición, del 3 de marzo y 29 de abril de 2020. En la primera, la accionada contestó que existe en esta Regional una vacante, con las mismas características para la que concursó, según lo da a conocer el abogado Jhon Fernando Guzmán, Director de Gestión Humana (E) del ICBF, 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, de 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.

Entonces, tal como lo consignó la CNSC, en su respuesta de tutela, de existir dicha vacante, *“el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el*

correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes”.

De igual manera, la CNSC aclara que hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de Elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 39066.

De suerte, entonces, que existiendo la vacante, el ICBF debió obrar de conformidad, y no proveer de manera provisional un cargo para el cual existe una lista de elegibles, emanado de un concurso de méritos –convocatoria 433/16- que se encuentra vigente.

De ahí que, consecuente con la respuesta ofrecida en la primera petición, la accionante elevó un segundo escrito tendiente a que fuera nombrada en cargo similar al cual concursó y que se encuentra vacante, empero hasta la fecha no ha obtenido respuesta, con el argumento que el Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, artículo 5, amplió los términos para dar respuesta a las peticiones, y a la fecha de contestación de la acción -9 de junio de 2020-, aún se encontraba dentro del término legal para hacerlo.

Empero, según lo normado en dicho Decreto “*Salvo norma especial, toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción*”, se observa que a la fecha el término se encuentra vencido, si se acota que la entidad acusó recibo el 29 de abril de 2020, feneciendo dicho término el 12 de junio pasado.

Visto pues que el derecho de Petición no tuvo vocación de prosperidad, y agotando un camino previo, la accionante enfiló baterías por medio de la acción de tutela, de suerte que hay que analizar si se cumplen los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, o si existiendo un mecanismo judicial común que proteja los derechos invocados, no sea útil, dada la presencia de un perjuicio irremediable.

Sobre la **Inmediatez**, se observa que la accionante propuso la acción dentro de un término razonable, atendida la cronología de la secuencia normativa, en especial, cuando dada la interpretación suscitada por la forma de aplicación de Lista de elegibles, la CNSC emitió un criterio orientador que, incluso el Tribunal Administrativo del Valle en la tutela que dirimió, no aplicó por inconstitucional, amén de que en forma previa –en marzo y abril de este año- agotó el camino de hacer valer sus prerrogativas por medio del derecho de Petición.

En cuanto a la **Subsidiariedad**, si bien existe el camino del proceso administrativo de nulidad y restablecimiento de derechos, lo cierto es que en la práctica se presentan dos obstáculos: el uno, que dada la situación actual de salud, esta clase de procedimientos está temporalmente suspendido, de suerte que sería inane provocarlo, y mucho menos solicitar una medida provisional de suspensión del acto administrativo.

Y lo segundo, es que el término de duración del registro de elegibles está muy próximo a fenecer -julio de 2020-, con lo cual la anterior alternativa no tendría ninguna razón de ser, aspecto que le impediría acceder al empleo público, y por ende, derivaría en un **Perjuicio irremediable**.

Si en gracia de discusión la accionante tomara el camino del proceso administrativo, a buen seguro el ICBF estará preparando el terreno para el próximo concurso de méritos y dada la duración de aquel proceso, la

accionante tendría que confrontar su derecho con el futuro registro de elegibles, con total distorsión de la eficacia de la norma.

De otro lado, se ha argumentado que una de las razones para no proceder a conceder el derecho a la accionante, es que la Ley 1960 de 2019 no tiene carácter retroactivo, como forma de eludir que es menester tener en consideración la lista de elegibles que emana de la convocatoria No. 433 de 2016, sin embargo el artículo 6 de dicha Ley prevé que de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito, se cubrirán las vacantes para las que se efectuó el concurso y *“las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*,

En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concursó la accionante, aspecto que no es objeto de discusión y aunque surgió con posterioridad a la convocatoria, está en el derecho de que se le nombre en cualquiera de los nuevos cargos similares al que concursó, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.

Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes lo desconozcan.

Si los argumentos anteriores no fueren convincentes, el Despacho acoge los expuestos en tutelas de iguales características, proferida la una 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 -en contra de las mismas accionadas-, decisión que amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles, contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018.

Y la otra, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán, que en reciente providencia del 9 de junio de 2020, confirmó la decisión de 28 de abril de 2020 del Juzgado Segundo Laboral de esta capital, radicado No. 190013105002202000072, accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro contra el ICBF y la CNSC, en hechos y pretensiones de similar connotación, decisiones que reposan en este trámite constitucional.

Sobre el particular, no es de recibo para la Judicatura, la tesis de que las anteriores sentencias no puedan tomarse como precedente, pues según la contraparte, debe esperarse el pronunciamiento final de la Corte Constitucional, sin reparar que para tomar esta decisión, como la de los citados fallos, se lo ha hecho con sustento en jurisprudencia emitida por dicha Corporación.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, observa el Despacho que este se encuentra vulnerado por parte del ICBF, al no ofrecer hasta la fecha, respuesta clara, de fondo y oportuna a la petición presentada por la accionante el 29 de abril de 2020, empero, por la posición ofrecida en sede de tutela, a buen seguro la respuesta sería negativa, de suerte que la susodicha omisión, se subsana con la decisión que en seguida se ofrece.

La misma se contrae a que se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante cuya protección invoca y por tanto se ordenará 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.

De capital importancia es hacer notar a las accionadas, que deben obrar 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.

Finalmente, se procederá a la desvinculación del ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora.

De igual manera, se procederá con Yon Gelber Borda Álvarez, toda vez que se extracta de la foliatura que es un profesional que presta sus servicios en la Regional ICBF del Casanare, y como nombrado en provisionalidad se opone se provean cargos de lista de elegibles, empero la decisión adoptada en este fallo tiene incidencia particular en la Regional Cauca.

En virtud de lo expresado, el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES con FUNCION DE CONOCIMIENTO de POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA que se identifica con CC No. 31.490.902 de Zarzal, Valle, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-.

SEGUNDO: 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.

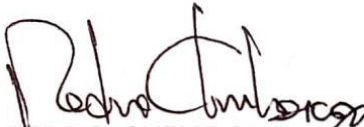
CUARTO: DESVINCULAR al ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora. De igual manera, se procederá con el profesional Yon Gelber Borda Álvarez, por las consideraciones precedentes.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes y vinculado la presente decisión, a los correos electrónicos suministrados por aquellos.

SEXTO: Si esta decisión no fuere impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

El Juez,


PEDRO CHIMBORAZO