



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**

**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020).

**Referencia : ACCIÓN DE TUTELA**  
**Radicación : 2020 – 00115**  
**Demandante : SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES**  
**Demandado : COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – INSTITUTO  
COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**  
**Asunto : SENTENCIA 1ª INSTANCIA**

Procede el Juzgado a decidir en primera instancia, la acción de tutela presentada por la señora **SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES**, en nombre propio, en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**.

**ANTECEDENTES**

La accionante presentó acción de tutela en nombre propio, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, fundamentada en los siguientes hechos:

1. La accionante, señora **SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES**, labora en el ICBF con nombramiento en provisionalidad, ocupando actualmente el cargo de Coordinadora del Grupo Recaudo de la Regional Bogotá.
2. Mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 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 No 433 de 2016 – I.C.B.F.
3. La accionante se presentó oportunamente a la convocatoria, como aspirante al cargo de Profesional Especializado, Grado 13, Código 2028 y No. OPEC 39239, del Grupo de Recaudo de la Regional Bogotá para cubrir una vacante de la mencionada entidad, aportando su documentación de requisitos de estudios y de experiencia.
4. En el marco de la enunciada convocatoria, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. CNSC 20182020052295 del 22 de mayo de 2018 con lo cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo identificado con el código OPEC 39239, Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13. Acto Administrativo que tiene vigencia por dos (2) años, conforme lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016 y en el numeral 4º del artículo 31 de

la Ley 909 de 2004, de manera que atendiendo a la ejecutoria del acto, la vigencia de la lista de elegibles se extiende hasta el **05 de junio de 2020**.

5. El anterior acto administrativo enlistó los elegibles de la siguiente manera:

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Conformar la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39239, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 13, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así:

Posición	Tipo Documento	Documento	Nombre	Puntaje
1	CC	35898247	KAROL YUPSSY BECERRA DELGADO	67,74
2	CC	52500184	SANDRA MILENA TIUSO CESPEDES	64,36

6. La señora KAROL YUPSSY BECERRA DELGADO, que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, fue nombrada y posesionada en el cargo enunciado.

7. Luego de haberse dado la publicación del Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, fue expedido el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual se suprimieron cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, crearon empleos en la planta de personal de carácter permanente en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

8. El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 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 para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.'"*

9. El día 01 de agosto de 2019, la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, aprobó y expidió Criterio Unificado "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017", donde se adoptó:

*"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".*

10. Adicionalmente, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió criterio unificado fechado de 16 de enero de 2020, estableciendo:

*“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la C.N.S.C. 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 –O.P.E.C.- 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 O.P.E.C.”.*

- 11.** Respecto del Criterio Unificado inicial de la CNSC, que versó sobre la negativa del uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, en relación a lo ordenado por los artículos finales de la Ley 1960 de 2019, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela de segunda instancia, dentro del radicado No. 76 001 33 33 021 2019-00234, de fecha 18 de noviembre de 2019, ordenó tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, quien ostenta la condición de elegible del concurso del I.C.B.F., e igualmente inaplicar por inconstitucionalidad, el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 1º de agosto de 2019.
- 12.** Según lo señalado en el hecho anterior, la accionante considera que por encontrarse en idénticas condiciones de la tutelante de aquella decisión, como son: haber concursado en la convocatoria 433 de 2016 y haber aprobado todas las pruebas tanto funcionales como comportamentales y estar en lista de elegibles mediante la Resolución No. CNSC 20182020052295 del 22 de mayo de 2018, teniendo como fundamento la Ley 1960 de 2019, afirma que tiene derecho acceder a los cargos vacantes, similares o equivalentes surtidos o creados mediante el Decreto 1479 de 2017 y los demás que se encuentran vacantes en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- 13.** Como constancia de lo anterior, la actora elevó solicitud el 04 de febrero de 2020 ante el ICBF, solicitando su nombramiento en uno de los cargos equivalentes no convocados que hayan surgido por vacantes definitivas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.
- 14.** La anterior petición se resolvió mediante Oficio No. 202012100000031251 del 10 de febrero de 2020, en el que indica que, a efecto de dar trámite a la solicitud de la accionante, el ICBF debe observar lo consignado en el criterio unificado emitido por la Comisión Nacional de Servicio Civil del 16 de enero de 2020 sobre “uso de lista de elegibles” en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de modo que, informa que esta entidad para dar cumplimiento a lo allí previsto debe adelantar acciones de carácter administrativo y financiero y, en consecuencia, aclara que la entidad solo podrá acceder favorablemente a este tipo de solicitud previa autorización de la CNSC.
- 15.** Dando alcance a la petición elevada el 04 de febrero de 2020, la tutelante, mediante solicitud del 21 de febrero de 2020, luego de afirmar la existencia de cargos vacantes en el ICBF en los que podría ser nombrada en carrera, en virtud de la lista de elegibles constituida en la Resolución No. CNSC

20182020052295 del 22 de mayo de 2018, solicita nuevamente su nombramiento y posesión en el ICBF.

16. El ICBF se pronuncia sobre la nueva solicitud de la actora mediante Oficio No. 20201210000054261 del 28 de febrero de 2020, en la que se reitera lo dicho en el Oficio emitido el 10 de febrero de 2020, especificando los cargos que coinciden con el empleo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, en las diferentes regiones del país, aclarando que, para que se pueda dar el nombramiento solicitado por la actora, es requisito indispensable que el cargo al que se aspira coincida en su totalidad con los criterios que se fijaron en la OPEC inicial.
17. Dada la información que se consignó en el Oficio anterior, en el que se evidencian 2 cargos de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13 de la Oficina de Recaudo en la Regional Dirección Nacional, la actora solicitó el 10 de marzo de 2020 a la CNSC, se autorice el uso de la lista en la que está incluida para cubrir estas vacantes.
18. La anterior petición se resolvió el 27 de abril de 2020, mediante Oficio No. 20201020376611 en el que la CNSC indicó que:

*“comoquiera que Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una posición meritatoria en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución Nro. 20182020052295 del 22 de mayo de 20182 para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC Nro. 39239, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, se encuentra a la espera de que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 05 de junio de 2020”.*

## PRETENSIONES

En el escrito introductorio de la presente acción constitucional, la accionante, señora **SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES**, solicitó:

*“(…) amparar mis derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso administrativo, al trabajo y al acceso a los cargos públicos, vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en abierto desconocimiento del postulado de la buena fe y la confianza legítima, suplicando de manera especial se ordene a esta Institución realizar la solicitud de autorización de uso de la lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que permita proveer uno de los dos cargos de Profesional Especializado Grado 13 u otro igual, similar o equivalente de los que tienen vacantes definitivas no convocados o en alguno de los que se hayan surgido con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, lista de elegibles donde me encuentro en primer y así poder ser nombrada en carrera administrativa. Finalmente, pido ampliar el término de la vigencia de la lista de elegibles, una vez se adelante la solicitud de uso de listas, en razón a que la lista de elegibles en la que me encuentra esta próxima a vencer, como me lo hizo saber la Comisión Nacional del Servicio Civil, que esta va hasta el 05 de junio de 2020”.*

## ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida la acción constitucional, se admitió la misma mediante auto de fecha 02 de junio de 2020, ordenando la notificación al Representante Legal de las entidades accionadas, solicitándoles además informe detallado sobre aspectos que interesan al proceso, con el propósito de decidirla dentro de los términos de Ley.

Adicionalmente, en el mencionado auto admisorio se dispuso sobre la notificación de este trámite a los terceros interesados, ordenando para el efecto que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL publicara en su página web oficial, la información relacionada con la tutela de la referencia. El cumplimiento de la mencionada orden fue acreditado el 05 de junio de 2020.

La demanda fue notificada el 02 de junio de 2020 a las entidades demandadas, haciéndoles entrega de la copia de la demanda y de sus anexos.

La demanda fue contestada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, el 04 de junio de 2020, vía correo electrónico.

El día 09 de junio de 2020 fue recibida intervención por parte del señor Yon Gelber Borda.

### **INTERVENCIÓN DE TERCEROS INTERESADOS**

El ciudadano **Yon Gelber Borda**, mediante memorial del 09 de junio de 2020, se pronunció objetando lo solicitado por la tutelante, bajo la consideración que actualmente se encuentra vinculado en provisionalidad en la planta de personal del ICBF, por lo que asegura que, la procedencia de acciones de tutela como la que se encuentra bajo estudio pueden llegar a afectarlo o afectar el interés general consagrado en la Constitución Política.

En su pronunciamiento indica que, la accionante busca un beneficio indebido de retroactividad bajo una interpretación errada de la Ley 1960 de 2019, al buscar ser nombrada en los cargos de planta creados en 2017. Al respecto alega que, a la tutelante nunca se le negaron sus derechos de acceso al empleo público y trabajo, al destacar que se le permitió acceder al concurso 433 de 2016 del ICBF y se le han brindado todas las garantías dentro del marco jurídico que reglamenta dicha convocatoria.

Además, asegura, frente a la actora, que no fue la persona con más cualidades al reunir las características ni la idoneidad requeridas para desempeñar el cargo por el cual participó y tan solo pasó 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.

Dicho lo anterior, concluye que si este juzgado concediese a las pretensiones de la tutela permitiría la vulneración al derecho al acceso al empleo público consagrado en el artículo 40 numeral 7 de la Constitución Política de Colombia, ya que dictaminaría el nombramiento directo de los demás cargos provisionales sin que medie un concurso de méritos válido al reclamar derecho a igualdad o por alcance de resultados ante la CNSC y, además, el Despacho se tomaría atribuciones que solo le competen al Congreso de la República de Colombia, en lo relativo a la retroactividad de Ley 1960 de 2019.

Finalmente aduce que, la procedencia de esta acción cerraría la posibilidad a los demás ciudadanos colombianos y extranjeros de participar en concurso de méritos para los cargos que están vacantes en provisionalidad que no se encuentran cobijados por el concurso 433 de 2016 – ICBF, ni regidos por la Ley 1960 de 2019.

## CONDUCTA PROCESAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Surtida como fue la notificación personal al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, el apoderado de la entidad allegó contestación a la acción de la referencia, solicitando se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable; adicionalmente, en forma subsidiaria, solicita que, en el evento en que se estime procedente la acción, se niegue lo pretendido por la accionante, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

En este orden, en el escrito de contestación se alega por parte de la entidad que la acción de tutela adelanta por la señora **SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES** es improcedente, en tanto:

*(i) ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 06 de junio de 2018, la cual se conformó para proveer una (1) vacante y en dicha lista la accionante ocupó la posición número dos (2); (ii) la actora no cuestiona la conformación de dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; (iii) la aplicación de la Ley 1960 de 2019 implica una serie de procedimientos que se adelantaron por parte del Instituto, de los cuales se determinó que en el presente caso al actor no le asiste el nombramiento pretendido.*

Aclarando además que, las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la Convocatoria, y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en el cual se detallan los parámetros para considerar un cargo equivalente, el cual, asegura, se ha seguido rigurosamente por el ICBF.

Adicionalmente, luego de un recorrido por la situación fáctica de la mencionada Convocatoria, se informa que:

*“a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 39239 (OPEC 39239), se ofertó una (01) vacante del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 Grado 13, cuya ubicación geográfica era la Regional Bogotá D.C., tal y como se puede verificar en el link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>.*

*La lista de elegibles fue publicada por la CNSC mediante la Resolución No. 20182020052295 del 22 de mayo de 2018, en la que se registraron como habilitados 2 elegibles, en donde la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES ocupa el lugar número dos (02) de elegibilidad.*

*Una vez en firme la referida lista de elegibles, el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad.*

OPE C	CÉDULA	NOMBRES Y APELLIDOS	POSICIÓN	REGIONAL	RESOLUCIÓN DE NOMBRAMIENTO	FECHA RES NOMBRAMIENTO	POSESIÓN
39239	35898247	KAROL YUPSSY BECERRA DELGADO	1	BOGOTA/ GRUPO DE RECAUDO	7840	22/06/2018	18/07/2018

*Es importante señalar que la persona relacionada ya tiene derechos de carrera por haber superado los seis (6) meses en periodo de prueba.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso para proveer la vacante de la convocatoria 433 de 2016, para el empleo Profesional Especializado, Código*

*2028, Grado 13 OPEC 39239, en el que participó la hoy accionante SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES, ya se surtió con el nombramiento y posesión de la participante que se relacionó anteriormente”.*

Y concluyendo, respecto a lo solicitado por la actora relacionado con la designación en cargos equivalentes que, la entidad adelantó las acciones de carácter administrativo y financiero, como la determinación a nivel nacional de las vacantes y la solicitud de uso de la lista a la CNSC, de las listas que cumplen con los requisitos exigidos por el Criterio Unificado de Uso de Listas de Elegibles; pero en el caso particular de la actora, se encontró que no es viable aplicar tal criterio al no existir empleos equivalentes por proveer, por lo que en consecuencia, el ICBF no está en la obligación de solicitar autorización para uso de la lista de elegibles en que ella se encuentra, evidenciando que la anterior conclusión se desprende de la siguiente actuación administrativa, que se informa ha sido efectuada por el ICBF, así:

- *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.*

- *Se validaron las 1.196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016.*

- *Se reportaron los empleos vacantes y se solicitó el uso de las listas de elegibles que cumplían con lo establecido por la CNSC el 16 de enero de 2020.*

- ***Como resultado de lo anterior, se evidenció que para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13 OPEC (39239) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. Toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión, como perfil y ubicación geográfica para este caso específico.***

(...)

- ***Para el caso específico, se tiene que la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES, participó en la Convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13 OPEC (39239), el cual se encuentra ubicado en la Regional de Bogotá, (Grupo Recaudo Perfil Contador).***

- ***Por lo cual, teniendo en cuenta la información anterior, se evidencia que para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13 OPEC (39239), ubicado en la Regional de Bogotá, para el Grupo de Recaudo, perfil Contador No hay vacantes disponibles.***

A continuación, sobre la presunta afectación al derecho a la igualdad, el apoderado del ICBF comenta que las situaciones particulares que comprometen cada Oferta Pública de Empleo de Carrera son diferentes, de modo que no es posible darles un trato igual; aclarando seguidamente que:

*“Aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo, en las ubicaciones geográficas específicas para las que Sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.*

*Es de aclarar que para la Sede de la Dirección General se proyectaron las respectivas OPEC, existen listas de elegibles y el proceso de selección tuvo en cuenta las particulares funciones del nivel nacional, diferente al proceso de selección de la accionante construido para la Regional Bogotá.”.*

Finalmente, sobre la multiplicidad de decisiones judiciales que se han adoptado sobre este asunto, esta entidad asegura que ninguna decisión ha hecho tránsito a cosa juzgada, destacando además, que han sido varias las decisiones en las que se ha declarado la improcedencia, destacando para el efecto varias decisiones recientes en las que diferentes Tribunales del país, han revocado las decisiones asumidas por jueces que habían ordenado nombramientos en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

## **CONDUCTA PROCESAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

Surtida como fue la notificación personal a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, el apoderado de la entidad allegó contestación a la acción de la referencia, manifestando que solicita la declaratoria de improcedencia de la presente acción de tutela, ya que, a su juicio, no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de esta entidad.

En desarrollo de lo anterior, en su contestación, la CNSC se pronuncia sobre los alegatos esbozados por la actora en la tutela, manifestando que:

*“Consultado el Banco Nacional de Listas de Elegibles - BNLE, se constató que la CNSC conformó lista de elegibles mediante Resolución No. CNSC - 20182020052295 del 22 de mayo de 2018, para proveer una (01) vacante del empleo No. 39239 denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, 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 posición 2.*

(...)

*De acuerdo a lo expuesto, es menester traer a colación que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista para proveer el empleo No. 39239 denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, se encuentran por el momento en espera a que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 5 de junio de 2020.*

*En este sentido, cabe resaltar que «los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección<sup>4</sup>», ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.*

(...)

*En cumplimiento a lo dispuesto en el acuerdo de convocatoria, esta Comisión Nacional remitió al Instituto de Bienestar Familiar el mencionado acto administrativo a efectos de que este procediera a realizar el nombramiento en período de prueba del elegible que adquirió dicho derecho por haber ocupado posición meritoria en cuanto a la vacante ofertada para el empleo en comento, siendo este el ubicado en la posición Nro. uno (1), es así que no se resulta viable realizar el nombramiento a la accionante, el ICBF solicitó a la CNSC, la inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa de la elegible Ana Margarita Torres Barrios, quien ocupó el primer lugar en la Lista de Elegibles (Anexo 4), es decir, el empleo No. 39550 se encuentra provisto.*

*No obstante, es pertinente aclarar que la Comisión Nacional del Servicio Civil carece de competencia en lo atinente a nombramientos, posesiones y demás generalidades de la administración de plantas de personal, pues 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, que señala: «(...) Corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, presidentes, directores o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, nombrar al personal de su entidad u organismo, salvo aquellos nombramientos cuya provisión esté atribuida a otra autoridad por la Constitución o la Ley (...)».*

*Así las cosas, la competencia para el nombramiento y posesión de los servidores del Corporación Autónoma Regional del Quindío, recae exclusivamente en el director de dicho instituto o en la persona que éste delegue, no correspondiéndole a la Comisión interferir en dicha facultad.*

*En ese entendido y toda vez que la señora SANDRA MILENA TURSO CESPEDAS ocupa la posición dos (2) y el ICBF no ha reportado movilidad de dicha OPEC el empleo se presume provisto con el elegible ubicado en la posición uno (1).*

*2.2. De otra parte, vale la pena mencionar frente a la posibilidad de utilizar las listas de elegibles en empleos cuya vacancia definitiva surgió con posterioridad a la aprobación del acuerdo de la Convocatoria de su interés, que dicha provisión podrá hacerse sólo para empleos iguales y previa solicitud expresa por parte de la entidad, quien además deberá apropiar y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014.*

*De acuerdo con lo anterior, la Entidad nominadora deberá realizar la solicitud mediante oficio a la CNSC, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta Nro. 20191000000117 del 29 de julio de 2019.*

*Posteriormente, la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asiste el derecho.*

*Es pertinente indicar que, hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de Elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 39239 y de existir, deberá ser provista en estricto orden de mérito, es decir, a la accionante le precede una elegible con mejor posición en la lista, circunstancia que no puede ser pasada por alto por el Juzgador, pues eventualmente se atendería contra los derechos de dicha aspirante que integra la Lista de Elegibles”.*

Finalmente, en relación con la Ley 1960 de 2019, alegó:

*“(…)*

*Revisado lo transcrito, se tiene que la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro. 20182020052295 del 22 de mayo de 2018 consolidó el derecho a ser nombrado al elegible conforme lo allí establecido, situación jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad, pues queda claro que los aspirantes concursaron para la provisión de una (1) vacante, la cual ya fue ocupada por el aspirante que se encontraban en posición meritatoria.*

*Así pues, se considera que no es válido el argumento presentado, cuando se busca el amparo de derechos fundamentales basado únicamente en que es procedente aplicar la Ley 1960 de 2019, pues denótese que con anterioridad a dicha normatividad, el uso de listas de elegibles estaba zanjado por la Ley 909 de 2004, el Decreto 1894 de 2012, el Decreto 1083 de 2015, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado en el Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016 de la Convocatoria 433 de 2016.*

*En ese sentido, al amparar lo deprecado podría atentarse contra el ordenamiento jurídico que se aplicó para convocar al concurso de méritos 433 de 2016 – , pues la imposibilidad de realizar uso de listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas, pues hacerlo, implica desconocimiento de las reglas de la convocatoria.*

*Por lo dicho, acceder a las pretensiones de la tutelante significa una violación al principio de igualdad y transparencia que rigen los concursos públicos de méritos, en los cuales, las condiciones y reglas de los Acuerdos de Convocatoria se aplican por igual a todos los aspirantes que participan en estos. Por lo expuesto, no se configura vulneración alguna por parte de esta Comisión Nacional, dado que la Convocatoria 433 de 2016 se adelantó con base en la normatividad vigente para la época y, una vez superadas las etapas del concurso, se realizó la provisión de una (1) vacante del Empleo Nro. 39239, con el aspirante que ocupó la posición meritória.*

*Comoquiera que para la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019, la convocatoria ya se encontraba consumada, considera esta CNSC que acceder a la solicitud de la aspirante de hacer uso de listas de que trata dicha normatividad, sería darle un trato preferente a un aspirante en particular por encima del ordenamiento legal vigente al momento del concurso.*

*En conclusión las acciones tendientes a un eventual nombramiento de la señora Sandra Milena Tiuso Céspedes, corresponden al ICBF, reiterando claro está que, se desconoce que el ICBF disponga de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó la accionante, por manera que, no hay certeza de que existan las vacantes mencionada.*

Por lo anteriormente expuesto, la pretensión de la Comisión Nacional del Servicio Civil es que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de esa entidad.

## **PRUEBAS**

Como medios de prueba, fueron allegados al proceso:

### **Por la parte actora:**

1. Copia de la Resolución No. 3231 del 03 de septiembre del 2018, expedida por la Directora de la Regional Bogotá del ICBF.
2. Derecho de Petición presentado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el día 04 de febrero de 2020.
3. Contestación emitida el día 10 de febrero de 2020 por el ICBF, al derecho de petición relacionado en el numeral anterior.
4. Derecho de Petición presentado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el día 21 de febrero de 2020.
5. Contestación emitida el día 28 de febrero de 2020 por el ICBF, al derecho de petición relacionado en el numeral anterior.

6. Derecho de Petición presentado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, el día 10 de marzo de 2020.
7. Contestación emitida el día 27 de abril de 2020 bajo el No. 20201020376611 por la CNSC, al derecho de petición relacionado en el numeral anterior.

#### **Por la Comisión Nacional del Servicio Civil:**

1. Copia del Acuerdo de Convocatoria No. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 – ICBF.
2. Constancia de inscripción de la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES en la Convocatoria 433 de 2016.
3. Copia de la Circular Externa No. 01 de 2020, emitida por la CNSC.
4. Solicitud de inscripción ante el Registro Público de Carrera Administrativa, elevado por la señora KAROL YUPSSY BECERRA DELGADO, con sus correspondientes anexos.
5. Copia del Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020.
6. Copia de la Lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20182020052295 del 22 de mayo de 2018.

### **DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL INVOCADO COMO VIOLADO**

La accionante invoca como derechos fundamentales constitucionales violados: el debido proceso, la igualdad, el trabajo y el acceso a cargos públicos, según expone, porque el actuar de las entidades accionadas, lejos de promover el acceso por mérito a los empleos de la planta global del ICBF, ha impedido materializar el objeto del concurso en el que participó.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

*¿El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL vulneran los derechos fundamentales invocados por la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES, al no llevar a cabo su nombramiento para la provisión de cargos de categoría similar, al denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, que se encuentren vacantes, conforme la lista de elegibles de la OPEC 39239, de la Convocatoria No. 433 de 2016, de la que hace parte la accionante en segunda posición, en aplicación de la Ley 1960 de 2019?*

#### **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública.

La norma en cita también indica que la acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

## **PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR FALTA DE NOMBRAMIENTO DE QUIEN SE ENCUENTRA EN LISTA DE ELEGIBLES**

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados. Ello por cuanto las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.

Desde la Sentencia T-315 de 1998, la H. Corte señaló:

*"La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional".*

En materia de concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos situaciones: cuando se controvierte un acto administrativo y cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.

En el primer supuesto, se ha indicado que por regla general este mecanismo constitucional no procede, debido a la existencia de otros medios de defensa judicial, análisis que, en todo caso, dependerá de las situaciones particulares del caso. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela procede para la protección de los participantes que, teniendo derecho a ser nombrados, por hacer parte de la lista de elegibles, no son designados.

Ya desde la Sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, el Tribunal Constitucional indicaba lo siguiente:

*"Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata".*

En el mismo sentido en la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001, la Corte señaló que en desarrollo de los principios que rigen la función pública, tales como, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, cuando se presentan vacantes, si la administración decide proveerlas, durante la vigencia de una lista de elegibles, debe hacerlo con las personas que integran tal lista, obviamente, conservando el orden de conformación e integración de la misma.

De otra parte, la Corte en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, reiteró esta posición manifestando:

*"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial, de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad de la actora, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos (...)"*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional citada, concluye este Despacho que los supuestos fácticos en este caso, es decir, la existencia de lista de elegibles en la que la accionante ha sido incluido y la alegada existencia de vacantes por proveer, hacen procedente la acción de tutela, pues sin lugar a mayores explicaciones, someter el caso a los mecanismos ordinarios ante el Juez Contencioso Administrativo, no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Lo anterior, por cuanto en el sub examine, al momento de radicación de la tutela, la accionante cuestionaba que las accionadas no habían hecho uso de la lista de elegibles de la cual hace parte para efectos de proveer las vacantes existentes en el cargo para el cual se postuló en la planta global del ICBF o en cargo equivalente, de modo que por este medio constitucional pide que de manera mancomunada las accionadas adelanten las gestiones tendientes a la provisión de esas vacantes con la lista de elegibles mencionada, pues la vigencia de ese actor administrativo se encontraba próxima a fenecer el 05 de junio de 2020.

Bajo ese orden de ideas, el Despacho considera que la tutela emerge como mecanismo idóneo para que la actora obtenga solución a su controversia, pues la inminente culminación de la vigencia de la lista de elegibles impone la acción del juez constitucional, para la verificación de lo alegado en el escrito de tutela en salvaguarda del orden jurídico fundamental, como en efecto pasa a hacerse, exaltando que desde el 04 de febrero del presente año la actora ha elevado distintas peticiones tendientes a obtener su nombramiento en el ICBF, anticipándose a la ocurrencia del vencimiento de la lista.

## **DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

Respecto del derecho al debido proceso, se erige en un derecho constitucional fundamental consagrado en el artículo 29 Superior, aplicable tanto a las actuaciones de carácter judicial como a las administrativas. Esta disposición constitucional señala:

**ARTICULO 29.** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales **y administrativas.***

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a Leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y **con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.***

*(...) a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

En punto a este derecho fundamental, el mismo ha de entenderse como aquel deber de las autoridades judiciales y administrativas, de resolver los asuntos de su competencia con estricta sujeción a las normas tanto constitucionales como legales y reglamentarias, proscribiéndose así la arbitrariedad y la subjetividad en las actuaciones, de tal manera que todos los funcionarios, tenemos la obligación de cumplir nuestros deberes sin excedernos en su ejercicio, tal como lo prescribe el artículo 6° de la Carta Política, y por ello, si la omisión del deber funcional o su extralimitación causa un daño a terceras personas, se activa la posibilidad de que la persona afectada demande al Estado para obtener la condigna reparación, como bien lo señala el artículo 90 de la codificación superior.

En tales condiciones, si la propia Constitución consagra derechos fundamentales, como es el caso del derecho de petición, que luego es desarrollado en la Ley, la que de manera sistemática consagra las formas de peticionar, los plazos para resolver etc., esas previsiones equivalen a un procedimiento, que es fuente de obligaciones para las autoridades y a su vez fuente de derechos para los ciudadanos, que legítimamente pueden esperar la observación rigurosa de ese procedimiento, cuya pretermisión, por extralimitación del término para resolver lo pertinente, origina una trasgresión al debido proceso, como garantía que busca enervar la arbitrariedad de los funcionarios públicos.

## **DERECHO A LA IGUALDAD**

El derecho a la igualdad y no discriminación es uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, y una de las garantías de protección de los grupos tradicionalmente discriminados y marginados en la sociedad. En virtud de este principio, a las autoridades estatales se les impone el deber de abstenerse de incentivar o de realizar tratos discriminatorios, por una parte; y por otra, el deber de intervenir, sobre el cual el Estado debe tomar las medidas necesarias tendientes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan los grupos poblacionales discriminados. En el mismo sentido, en cabeza de las autoridades estatales se encuentra el deber especial de protección, el cual implica la obligación de salvaguardar a los grupos minoritarios –o tradicionalmente discriminados- de actuaciones o prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias.

Por su parte, la Corte Constitucional en desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia ha anotado que dicha disposición concreta tres tipos de reglas; a) en el inciso 1° se establece el principio de *igualdad formal o igualdad ante la Ley*, o en general ante el Derecho, el cual le es consustancial la *prohibición de discriminación* que obliga evitar establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica; b) en el inciso 2° se establece el deber del Estado de promover condiciones de igualdad real para la protección de grupos discriminados o marginados, haciendo referencia concreta a *la igualdad material o igualdad de trato*; y c) en el inciso 3° se impone al Estado la obligación de proteger

especialmente a aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, y la responsabilidad de sancionar los abusos o maltratos que se hagan contra estas personas.

Ahora bien, el principio de igualdad y no discriminación no implica que en toda circunstancia deba darse el mismo trato a todas las personas; hay casos en los que puede aplicarse un trato diferencial, pero éste debe estar sustentado en justificaciones objetivas y razonables. Imponer medidas que no tengan la debida justificación sobre la distinción o la diferencia de trato, implicaría un trato discriminatorio. En efecto, cuando se pretenda implementar alguna regulación que cause la diferenciación de personas o de un grupo de personas, el trato diferente debe ser razonable, lo que significa que debe i) tener un fundamento, es decir, estar justificado, y ii) debe obedecer al principio de proporcionalidad, de tal manera que no termine por afectar otros derechos fundamentales.

### **LA IGUALDAD Y EL DEBIDO PROCESO COMO FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial.

En ese sentido, la Corte Constitucional, ha señalado que ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

La Corte, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido con el fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte *“todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”*. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales.

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Constitución para que, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

## DERECHO AL TRABAJO

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. La Corte ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad abstracta se protege al trabajador y a su dignidad.<sup>1</sup>

Así, en el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo se define el trabajo subordinado o dependiente, como “(...) *toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo*”.

El mandato constitucional de brindar especial protección al trabajo implica dos tipos de responsabilidades para el Estado. Por un lado, el deber de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para generar los ingresos necesarios y, por otro, velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad, particularmente cuando se realiza bajo subordinación y dependencia, dado que, en ese escenario, se presenta una contraposición de intereses, dentro de la cual el trabajador es el extremo más débil.

El deber de promover el empleo, en cualquiera de sus formas, responde a un imperativo de la dignidad de la persona humana, porque busca dar una respuesta, no sólo a los requerimientos materiales de las personas, sino también a sus necesidades de autosuficiencia, realización personal y contribución a la vida social.

A su vez, la garantía de las condiciones de dignidad en el trabajo implica promover una cultura laboral acorde con las mismas, definir un mínimo de derechos del trabajador y aplicar el poder del Estado para proscribir las conductas contrarias a ese mínimo, así como para señalar el marco obligatorio dentro del cual deben desenvolverse las distintas modalidades de trabajo. Esta última dimensión tiene particular sentido cuando existe oposición de intereses y se interviene en favor del extremo más débil de la relación.

## DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

El derecho de acceso a cargos públicos se encuentra consagrado en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política, y busca inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, o a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo, y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

Si una persona ha participado en un concurso de méritos, y finalmente hace parte de la lista de elegibles, debe garantizarse que la misma tenga los efectos que la Ley le da, y que el Estado no los desconozca actuando arbitrariamente.

En consonancia con lo anterior, debe señalarse que el artículo 125 de la Constitución establece **el mérito** como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda “*contar con servidores cuya experiencia,*

---

<sup>1</sup>Sentencia T-475 de 1992

*conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública*<sup>2</sup>. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: *“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público*<sup>3</sup>”.

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que *“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución*<sup>4</sup>”, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

Por manera que debe auscultarse si se violaron los derechos constitucionales fundamentales invocados por la actora, o de cualquier otro que se encuentre probado en el transcurrir de la presente actuación preferente y sumaria.

## **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, el Juzgado observa que efectivamente la accionante, señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES se inscribió en la convocatoria abierta No. 00433 de 2016 – Grupo de Entidades del Orden Nacional, emanada de la CNSC, encaminada a la provisión de cargos en el Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, para lo cual procedió a realizar la correspondiente inscripción en los precisos términos señalados por la entidad convocante.

Una vez superadas las etapas del concurso, mediante Resolución No. CNSC 20182020052295 del 22 de mayo de 2018, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, conformó y adoptó la Lista de Elegibles en estricto orden de mérito con dos (2) elegibles, que se han de usar en su debido orden para proveer

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Martínez.

<sup>3</sup> Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410 del 8 de junio de 1992.M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; C-479 del 13 de agosto de 1992.M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-515 de 9 de noviembre de 1993; T-181 del C-126 de marzo 27 de 1996.M.P. Fabio Morón Díaz; C-063 del 11 de febrero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-522 de noviembre 16 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-753 de 30 junio de 2008.M.P. Jaime Araujo Rentarías, entre otras.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

una (1) vacante existente de los empleos de carrera identificados con el Código OPEC 39239, Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, del Sistema General de Carrera del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, donde la accionante ocupó el puesto número dos (02) con un puntaje de 64.36 puntos.

Asimismo, de conformidad con lo manifestado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, se encuentra demostrado que la vacante ofertada en la convocatoria No. 00433, ya fue provista en la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, de conformidad a la orden de mérito, según las vacantes ofertadas en la OPEC No. 39239, esto es, la posición 1 ocupada por la señora KAROL BECERRA DELGADO, no obstante, la actora alega que existen actualmente dos cargos a los que podría acceder, ubicados en la Dirección General, pues según información certificada por el mismo ICBF, estos cargos se encuentran ocupados en provisionalidad o en encargo, por lo que, a juicio de la accionante, deben ser provistos de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6 de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, que prevé:

*ARTÍCULO 6o. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:*

*(...)*

*4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad. (Subraya el juzgado)*

Frente a estos planteamientos debe señalarse que, respecto a la particular situación de la accionante, de los informes rendidos por las entidades accionadas, así como el material probatorio aportado, este Despacho concluye que:

La designación de los elegibles en vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocadas, que surgieron con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, es perfectamente viable, a la luz de lo contemplado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, por cuanto en observancia de esta Ley, las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad, pues los concursantes que conforman dichas listas tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria.

Aclarando que, para el caso que ocupa la atención del Despacho, esto es expresamente reconocido por las entidades accionadas, pese a las reservas que, sobre la aplicación de la mencionada Ley en el tiempo, ponen de presente en sus contestaciones a esta acción.

Tanto es así, que la CNSC en su contestación, acentúa la expedición e implementación del Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, sobre el “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, el cual menciona que 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: i). Las

vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC de la respectiva convocatoria y 2). Para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, dejando ver de esta manera el acatamiento que pasó a darse por parte de esta entidad a la directriz legal que ocasionó la modificación de la Ley 909 de 2004.

De modo que, cualquier criterio anterior al del 16 de enero de 2020 de la CNSC o la revocatoria del artículo cuarto de la resolución No. C.N.S.C- 20182230040835 del 26 de abril de 2018, no pueden invocarse para alegar el desconocimiento de la Ley 1960 de 2019.

Bajo este supuesto entonces, se advierte que en la contestación a la tutela la CNSC afirma que *“hasta el momento no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 39239”*.

Y esto así porque, según informa el ICBF en su contestación a la acción, pese al acatamiento del alcance normativo señalado en precedencia, a efectos de materializar el propósito de la precitada norma, *“conforme al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los criterios 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”*.

Informando sobre esto que la entidad adelantó las acciones de carácter administrativo y financiero, como la determinación en la planta global de las vacantes, la validación de las listas de elegibles y la remisión de las solicitudes de uso de las listas a la CNSC, teniendo, como resultado de lo anterior *“que para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13 OPEC (39239) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. Toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión, como perfil, funciones y ubicación geográfica para este caso específico.”*

Indicando más adelante que, *“la señora SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES, participó en la Convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13 OPEC (39239), el cual se encuentra ubicado en la Regional de Bogotá, (Grupo Recaudo Perfil Contador), por lo que aclara que los cargos referidos en la tutela por la accionante, correspondientes a la Dirección General no se pueden equiparar con los ofertados para la Regional Bogotá, al precisar que:*

*“la accionante no demostró en la acción de tutela, que el cargo para el cual aspiró tenga actualmente vacantes en la ubicación geográfica para la que aspiró (Regional Bogotá), pues de conformidad con lo establecido en el Decreto 987 de 2012, no es factible equiparar la ubicación geográfica, ni las funciones de la Dirección General del ICBF, con una de sus regionales, en tanto, la estructura organizacional definida en el artículo 1º ibídem, indica que el ICBF en cabeza de su Director General y sus diferentes Direcciones y Subdirecciones, coordina e imparte directrices a las distintas Regionales a nivel nacional, en razón de sus competencias funcionales y territoriales.*

*(...)*

*Es decir que la Regional Bogotá, se encuentra precedida por su Director Regional y cumple determinadas funciones en la esfera de su territorio, por lo que para el caso que*

*nos ocupa la actora no puede pretender que al interior de esta entidad se puedan equiparar las funciones y ámbito de competencias de una de las Regionales con los de la Dirección General.*

*Bajo este postulado, y teniendo en cuenta que el ICBF debe acatar lo definido por la CNSC en el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, se tiene no es viable hacer uso de listas para una ubicación geográfica **DIFERENTE** a la señalada en la correspondiente OPEC en la que la señora Sandra Milena Tiuso Céspedes participó”.*

Así entonces, para este Juzgadora, la negativa del ICBF en últimas se sustenta en argumento capital y es que “no se registra ninguna vacante del cargo al que aspiró la accionante SANDRA MILENA TIUSO CÉSPEDES para la Regional Bogotá. Por lo que es de resaltar que para cada ubicación geográfica existen una o varias OPEC (bajo criterios como Rol-Perfil) y su correspondiente lista de elegibles”. (Se destaca)

Por lo que podemos afirmar que, el trámite o procedimiento que se le ha dado al proceso de selección de los aspirantes a ocupar los cargos ofertados de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, se ha ajustado al establecido por la convocatoria, y en la actualidad se ha ido ajustando para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y al criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020 emitido por la CNSC; razón por la cual el Despacho considera que a la accionante no se le ha vulnerado ningún derecho de los reclamados en la demanda de tutela, puesto que tanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, como el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, dentro de lo de su competencia, han dado cumplimiento estricto al marco normativo expuesto.

Es más, se observa que en la actualidad, la citada lista de elegibles se encuentra vencida, pero en su vigencia se efectuó el nombramiento en periodo de prueba de la habilitada que ocupó el primer puesto, en la vacante ofertada, razón por la cual se puede manifestar que no ha existido vulneración al debido proceso de la accionante, dado que en orden de mérito esta no alcanzó la oportunidad para ser nombrada, ante la inexistencia de vacantes para el cargo que se postuló.

Finalmente, en respuesta al problema jurídico planteado, como quedó expuesto en la motivación de esta decisión, las actuaciones de las entidades no han sido conculcadoras de los derechos al debido proceso, la igualdad, el trabajo o el acceso a cargos públicos de la accionante, por no haber llevado a cabo su nombramiento para la provisión de cargos de categoría similar, al denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 13, que se encuentren vacantes, conforme la lista de elegibles de la OPEC 39239, de la Convocatoria No. 433 de 2016, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, pues, por el contrario, luego de adelantar las verificaciones correspondientes, se concluyó que no es posible materializar la mera expectativa de la actora, en tanto, en salvaguarda de las garantías de los demás concursantes, en ejercicio de los deberes nominadores del Instituto se determinó la inviabilidad de asimilar el cargo según lo exigido por la accionante, en atención a las previsiones jerárquicas y de ubicación geográfica al interior de la entidad, por lo que mal haría este Despacho si invadiera la competencia que para estos efectos le ha sido asignada al ICBF.

Así las cosas, una vez revisada la actuación, en relación con el nombramiento de la actora por virtud de la lista de elegibles en la que se encuentra en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, el Despacho concluye que, se deberá negar el amparo solicitado, destacando que, según lo consignado en el escrito introductorio, la accionante se encuentra laborando en este momento en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ocupando en provisionalidad el cargo

de Coordinadora del Grupo Recaudo de la Regional Bogotá, de donde se puede inferir que no existe afectación a su derecho fundamental al trabajo, pues, sin desconocer las diferencias que implican la vinculación provisional, frente a la vinculación en carrera, la realidad es que el derecho al trabajo se encuentra a salvo en el caso de la actora, en tanto se demostró que en la actualidad se encuentra laborando y percibiendo una remuneración por su trabajo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

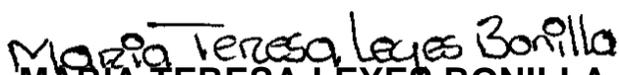
### **RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la presente acción por las razones que vienen expuestas en la parte considerativa de la misma.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** por el medio más expedito al demandado y al accionante, conforme al artículo 30 del Decreto N° 2591 de 1991.

**TERCERO:** Si no fuere impugnado el presente fallo, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 31. Decreto. 2591).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**MARÍA TERESA LEYES BONILLA**  
Juez