

Sentencia No. **00128**

Accionante: MARTHA PATRICIA BONILLA PINEDA

**ACCIONADOS:** - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC

- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

**VINCULADOS:** -Sandra Patricia Fonseca López

- Mónica Beatriz Rubio Mora

- Wilmer Alexander Estrada Quintero

- Servidores Públicos con nombramiento provisional o mediante encargo que desempeñan el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología- Segundo Reporte OPEC-SIMO No.136700

Radicación 66001-31-18-002-**2021-00013**-00

**EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO.** Pereira Risaralda, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En término legal se procede a dictar sentencia dentro de la acción de tutela instaurada por **MARTHA PATRICIA BONILLA PINEDA** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC** y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF** y donde se vinculó a los señores **Sandra Patricia Fonseca López, Mónica Beatriz Rubio Mora, Wilmer Alexander Estrada Quintero y 10 Servidores Públicos con nombramiento provisional o mediante encargo que desempeñan el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología- Segundo Reporte OPEC-SIMO No.136700**, por nueva nulidad decretada por el HTS y por considerar que le están vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos de carrera administrativa.

## I.- IDENTIDAD DE LAS PARTES

### 1.- Accionante.

**MARTHA PATRICIA BONILLA PINEDA**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número 28.978.762; con domicilio para notificaciones en la Manzana Q Casa 8 Terranova en Cuba de Pereira. Celular 312 2341852 Correo: [patriciabonilla99@gmail.com](mailto:patriciabonilla99@gmail.com).

### 2.- Accionadas

**2.1 La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC**, actúa en las presentes diligencias a través de los Asesores Jurídicos, doctor Víctor Hugo Gallego Cruz y Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez; con dirección para notificaciones en la Carrera 16 C No. 96-64 Piso 7 Bogotá. PBX No. 3259700 - Fax 3259713. Línea Nacional 019003311011. Correo: [notificacionesjudiciales@cncs.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cncs.gov.co).

**2.2 EI INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF**, actúa en las presentes diligencias a través del Jefe de la Oficina Jurídica, doctor Edgar Leonardo Bojacá Castro, con competencias para contestar la tutela según lo establecido en el Decreto 987 de 2012, Numeral 2. Con dirección para notificaciones en la carrera 68 No. 64 C - 75 Bogotá. Teléfono: 018000918080. Correo: [notificaciones.judiciales@icbf.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@icbf.gov.co) o [atencionalciudadano@icbf.gov.co](mailto:atencionalciudadano@icbf.gov.co).

**2.3 Sandra Patricia Fonseca López**, CC No. 25.162.027; **Mónica Beatriz Rubio Mora**, CC No. 39.569.500 y **Wilmer Alexander Estrada Quintero**, CC No. 75.039.659; adscritos a la Dirección Regional ICBF Risaralda. Para notificaciones a través de la Dirección Regional ICBF Risaralda, en la calle 8 Bis No. 35 -11 Barrio Centro Pereira, correo: [Claudia.Serna@icbf.gov.co](mailto:Claudia.Serna@icbf.gov.co).

**2.4 Yaisa Johanna Sastoque Ruiz**, CC No. 69.802.471 expedida en Mitú-Vaupés, celular 313 4289052, correo para notificaciones [yai.sastoque@hotmail.com](mailto:yai.sastoque@hotmail.com). Adscrita a la Regional ICBF Vaupés.

**2.5 Ericka Lisett Figueroa Quinayas**, CC No. 36.304.201 expedida en Neiva, celular 320 315 5868, Conjunto Residencial Brisas de Guadalupe, correo: [erickalisett08@gmail.com](mailto:erickalisett08@gmail.com). Adscrita a la Regional ICBF Putumayo, Centro Zonal Mocoa.

**2.6 Grissel Jorleny Livingston Bowie**, CC No.40.989.806, con dirección para notificaciones en la Avenida Francisco Newball Calle 6 No. 1- 32 San Andrés Isla, correo: [Grissel.Livingston@icbf.gov.co](mailto:Grissel.Livingston@icbf.gov.co); coordinadora grupo asistencia técnica ICBF Regional San Andrés Isla.

**2.7 Silvia Victoria Largo**, CC No.24.621.244 expedida en Chinchiná, con dirección para notificaciones en la Avenida Newball, diagonal Colegio Industrial, Instalaciones del ICBF en San Andrés Isla. Teléfono 312 4263313. Correo: [Silvia.largo@icbf.gov.co](mailto:Silvia.largo@icbf.gov.co); en calidad de profesional especializado, código 2028, grado 17 en la mencionada Isla.

**2.8 Servidores Públicos con nombramiento provisional o mediante encargo que desempeñan el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología- Segundo Reporte OPEC-SIMO No.136700 en los Centros Zonales Lérica, Salamina, Fonseca, Chaparral y de Belén de Umbría Risaralda**, con dirección para notificaciones a través de las Seccionales ICBF de cada uno de los mencionados centros zonales. Correos para notificaciones: [atencionalciudadano@icbf.gov.co](mailto:atencionalciudadano@icbf.gov.co); [Claudia.Serna@icbf.gov.co](mailto:Claudia.Serna@icbf.gov.co); [Luis.CespedesD@icbf.gov.co](mailto:Luis.CespedesD@icbf.gov.co); [Oscar.Rios@icbf.gov.co](mailto:Oscar.Rios@icbf.gov.co); [Yaneris.Cortes@icbf.gov.co](mailto:Yaneris.Cortes@icbf.gov.co).

## II.- ANTECEDENTES

### 1.- Hechos y Fundamentos de la solicitud de amparo.

Informa la accionante Martha Patricia que mediante acuerdo No. 20161000001376 de 05-09-2016, 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 – ICBF; se inscribió a la citada convocatoria para optar por una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38825, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, Perfil PSICOLOGÍA del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ubicada en la ciudad de Pereira (Risaralda). Aprobó las etapas de convocatoria, Inscripciones, verificación de Requisitos Mínimos y aplicación de pruebas (competencias básicas y funcionales, competencias comportamentales) y por ello, la CNSC publicó a través de la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE), la Resolución No. CNSC – 20182020064265 del 22-06-2018, donde ocupó el cuarto lugar en una lista para proveer 3 vacantes; posterior a la firmeza de la lista de elegibles, el ICBF nombró en periodo de prueba a quienes ocuparon los puestos 1, 2 y 3 en las vacantes ofertadas por la OPEC 38825.

Por otra parte, el pasado 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 de 2019, la cual en su artículo 6º estableció que la CNSC o su delegada, debían dentro del proceso de selección, elaborar en estricto orden de mérito la lista de elegibles, con 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”***. Con la derogatoria de las disposiciones que le son contrarias, el 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019, que dice:

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados **con anterioridad al 27 de junio de 2019**, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”** entendiéndose, **con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes**; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”

Con base en lo anterior, el pasado 27 de mayo de 2020, cuando aún se encontraba vigente la lista de elegibles de la cual hace parte, mediante correo electrónico elevó petición ante el director de ICBF, le requirió asignarle una de las vacantes Grado 17 Profesional Especializado con la que la Regional Risaralda o Centro Zonal del ICBF contara en ese momento.

Recibió respuesta del ICBF y luego de indicarle que realizaron verificación e identificación dentro de la planta global de la entidad, no encontraron un cargo que cumpliera con las características definidas en el criterio unificado de la CNSC (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones y en especial ubicación geográfica) y despacharon desfavorablemente su pedido.

Tuvo conocimiento que existe una vacante denominada PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 2028 Grado 17 Perfil PSICOLOGÍA, ubicada en el departamento de RISARALDA y 18 vacantes más para el mismo código y grado, ubicadas a nivel nacional dentro de la planta global del ICBF, las cuales no están provistas por personal de carrera administrativa y aun así, se niegan a dar aplicación al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019; se apegan al mencionado criterio unificado de la Sala Plena de la CNSC dando aplicación al concepto “MISMO CARGO” que utilizó ésta y no al de “EMPLEO EQUIVALENTE NO CONVOCADO” que opera en la Ley 1960 de 2019 y que se encuentra descrito en el Decreto 1083 de 2015; considera por lo tanto, que dicha negativa viola sus derechos fundamentales pues han ocasionado que la lista de elegibles en la que se encuentra, perdiera vigencia el pasado 9 de julio de 2020 sin darle aplicación.

Reitera su participación en la convocatoria 433 de 2016- ICBF, que conformó la lista de elegibles donde ocupó el cuarto puesto, pero por recomposición de listas de elegibles, pasó a ocupar el primer lugar; que existen vacantes Código 2028, Grado 17, perfil Psicología de la planta global del ICBF que no están provistas por personal de carrera administrativa y que aún durante el término de vigencia de su lista de elegibles, elevó derecho de petición ante el ICBF solicitando su uso para la provisión de las vacantes surgidas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016-ICBF. No obstante, a causa de la omisión de la CNSC y el ICBF de aplicar el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, su lista de elegibles perdió vigencia y se violaron sus derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

Estima que el criterio unificado de la CNSC que aplica el concepto “MISMO CARGO” y no al de “EMPLEO EQUIVALENTE NO CONVOCADO”, debe ser declarado inconstitucional y por ello, solicita se dé aplicación al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 con efectos retrospectivos, tal como fue reconocido por el Tribunal Superior de Pamplona- Sala Única de Decisión que decretó la inconstitucionalidad del Criterio Unificado proferido por la Sala Plena de la CNSC del 16 de enero de 2020.

Acude a la acción constitucional, solicita se tutelen los derechos invocados y se ordene en consecuencia a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, acaten las disposiciones normativas contenidas en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 y del Criterio Unificado proferido por la Sala Plena de la CNSC de fecha 22 de septiembre de 2020; teniendo como referentes la Sentencia T-112 A de 2014 y T-340 de 2020 proferidas por la Corte Constitucional.

Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de **equivalencia**, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, reporte ante el SIMO las vacantes relacionadas con esta tutela y que no están provistas con personal de carrera administrativa, para que la provisión de las mismas se realice con su lista de elegibles - Resolución No. CNSC – 20182020064265 del 22-06-2018; que el ICBF solicite a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de su lista de elegibles, para la provisión de las vacantes Código 2028 Grado 17 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO Perfil PSICOLOGÍA disponibles según el orden de mérito de la misma y que la CNSC informe si ella cumple con los requisitos para el uso de la respectiva lista, dentro de los cargos que hayan sido identificados como **equivalentes** o aquel al que concursó, y defina la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso; que el ICBF expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso para que la CNSC expida la autorización de uso de la lista de elegibles; una vez se realice dicha acción, proceda el ICBF a informarle sobre las vacantes identificadas como **equivalentes** para ella poder elegir una y para que el ICBF expida las respectivas resoluciones de nombramiento en periodo de prueba y a partir de allí adelantar los trámites de aceptación, posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.

Que se les conceda a las accionadas un término que no supere los 30 días.

Aporta en medio magnético como pruebas para hacer valer:

- Libelo.
- Cédula de ciudadanía de la accionante.
- Acuerdo 20161000001376 que contiene la Convocatoria 433 de 2016 ICBF.
- Lista de elegibles.

- Criterio Unificado CNSC
- Copia derecho de petición y respuesta dirigida a Martha Patricia Bonilla Pineda
- Copia fallo tutela 2ª Instancia Tribunal Superior de Pamplona
- Fallo de tutela a favor de elegibles
- Firmeza OPEC 388255
- Criterio Unificado Uso Listas Elegibles Empleos Equivalentes

## 2.- Respuesta de las entidades accionadas.

### 2.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF.

Extemporáneamente hace llegar escrito y en él indica que la accionante alega la violación de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a cargos de carrera, seguridad jurídica y principio de buena fe, como consecuencia de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- no han efectuado todos los trámites necesarios para su nombramiento en aplicación de la Ley 1960 de 2019 (que modificó la Ley 909 de 2004), en uno de los cargos que se crearon con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 del ICBF.

En consecuencia, solicita que se les ordene a los entes accionados la aplicación inmediata de la Ley 1960 de 2019, con el fin de agotar la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas que actualmente existen en el empleo de **Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 Perfil Psicología con funciones misionales de Centro Zonal, ubicado en la ciudad de Pereira-Risaralda.**

Estiman que en el presente caso la acción de tutela **deviene improcedente**, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: **i)** Ya se publicó la lista de elegibles, la cual **perdió vigencia desde el 09 de julio de 2020**, se conformó para proveer TRES (3) vacantes, y en dicha lista la accionante ocupó la posición número 4; **(ii)** La actora no cuestiona dicha lista, ni el procedimiento de conformación, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, **(iii)** No se cumple con el requisito de inmediatez pues solicita la aplicación de un criterio unificado de la CNSC de 20 de mayo de 2020 y al cual el ICBF resolvió el 7 de junio de ese mismo año y la tutela se presenta 8 meses más tarde – en febrero de 2021 y **(iv)** En el fondo la accionante ataca la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado “Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019” del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Adicionalmente, el ICBF advierte que no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales alegados, puesto que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles 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 virtud del cual se están usando las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, en los casos autorizados por la CNSC, criterio que fue avalado por la Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2020.

Surtido el procedimiento para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, se encontró que la accionante solicita su nombramiento en un cargo que NO GUARDA EQUIVALENCIA con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en el Criterio unificado, pues para la OPEC para la cual participó no existen vacantes. Desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC por haberse presentado para esas ubicaciones geográficas específicas. A la fecha no se han generado vacantes con posterioridad a las ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016 que cumplan con todos los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC correspondiente al mismo empleo (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica) para la OPEC 38825, no es posible solicitar el uso de listas de elegibles en aplicación del Criterio Unificado.

Adicionalmente, se informa que como la Convocatoria 433 de 2016 generó listas de elegibles por municipio, para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 Perfil Psicología con funciones misionales de Centro Zonal, por lo que, adicional a la lista de elegibles de la accionante, existen 53 listas de elegibles con 382 elegibles en las mismas condiciones de la accionante, que tendrían igual derecho a aspirar a vacantes que se encuentren en otras ubicaciones geográficas.

Confirma lo enunciado por la accionante en cuanto a la convocatoria 433 de 2016, que todas las etapas previstas se surtieron, expedición de listas de elegibles y una vez en firmes aquellas hicieron los nombramientos a que hubo lugar en el año 2018 y 2019; están haciendo uso directo de las listas de elegibles conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.6.21) y Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC (artículo 11), conforme al Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, emitido también por la Comisión.

Explica que la OPEC es el listado donde se encuentran las vacantes definitivas a cubrir por una entidad y que se consolida basándose en los manuales de definitivas y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal y teniendo en cuenta que el ICBF, tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución de cargos y procedió a proyectar la respectiva OPEC para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 Perfil Psicología con funciones misionales de Centro Zonal, ubicado en la ciudad de Pereira-Risaralda, bajo criterios objetivos que no pueden ser desconocidos en el presente asunto. Se ofertaron 3 vacantes para el empleo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17, perfil Psicología con funciones misionales de Centro Zonal, ubicado en la ciudad de Pereira- Risaralda, OPEC 38825; la lista quedó conformada por 9 personas dentro de las cuales la accionante Martha Patricia, ocupó la posición No. 4 y aquellas que ocuparon los puestos 1 al 3, ya tienen derechos de carrera, por haber superado los 6 meses del período de prueba; mientras que la accionante sólo presenta una mera expectativa de ser nombrada.

De la anterior manera, el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016, para el empleo en el que participó la hoy accionante, se surtió correctamente con el nombramiento y posesión de los participantes que se enlistaron anteriormente para la provisión la única vacante ofertada.

No obstante, para dar cumplimiento al «uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019» expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, a la fecha han solicitado la Verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio citado **[igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y en especial la ubicación geográfica]** y se validaron las 1.196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Encontrando que no se han generado vacantes con posterioridad a las ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016 que cumplan con todos los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC correspondiente al mismo empleo (*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica*) para la OPEC 38825, no es posible solicitar el uso de listas de elegibles en aplicación del Criterio Unificado.

Culmina indicando que en la planta global de personal de la Entidad asignada al empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología se evidenció que a la fecha existen diez (10) vacantes definitivas provistas en encargo y provisionalidad, *a las cuales no les fue posible aplicar el criterio unificado por no cumplir con todas las condiciones establecidas en dicho criterio; existen entonces 53 listas con 382 elegibles en las mismas condiciones de la accionante, que tendrían igual derecho a aspirar a alguna de las vacantes existentes.* Por otra parte, estiman que la presente acción de tutela no cumple con los requisitos de procedencia: (i) la legitimación en la causa por activa; (ii) la legitimación en la causa por pasiva; (iii) la trascendencia *iusfundamental* del asunto; (iv) la inmediatez; y (v) subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Aunque la jurisprudencia ha señalado que, no obstante la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de amparo resulta procedente cuando: (i) dichos mecanismos de defensa no son idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere otorgar el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y (iii) el accionante es un sujeto de especial

protección constitucional o se encuentra en situación de debilidad manifiesta -p.ej: personas de la tercera edad, personas con discapacidad, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas-, caso en el cual el análisis de procedencia debe flexibilizarse.

En el presente caso, el ICBF expone que la solicitud de amparo deviene improcedente al no cumplir los requisitos de (i) trascendencia *iusfundamental* del asunto, (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable e (iii) inmediatez.

Respecto a la trascendencia *iusfundamental* indica que: (i) la lista de elegibles del caso ya fue publicada alrededor de dos años; (ii) la actora no ocupó los lugares correspondientes a las vacantes ofertadas en dicha lista; y (iii) además, pretende la aplicación inmediata y parcial de la Ley 1960 de 2019, frente a la cual el ICBF y la CNSC surtieron procedimientos administrativos y financieros complejos, que además, no pueden ser objeto de injerencia por parte del juez de tutela, pues como se estableció en el acápite de los hechos, ya está determinado que la lista de elegibles de la actora NO puede ser utilizada en el marco del Criterio unificado del 16 de enero de 2020, por lo que no hay lugar a solicitar a la CNSC que autorice su nombramiento.

Sobre la subsidiariedad e inexistencia del perjuicio irremediable indica que la legalidad de un acto administrativo obliga a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento que regula su expedición; debate que corresponde a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al momento de estudiar la posible anulación del acto, de conformidad con las competencias dispuestas para tal efecto. Conforme con lo anterior, estos actos podrán ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, específicamente la acción de nulidad simple, para los actos generales y la de nulidad y restablecimiento del derecho para actos administrativos de contenido particular. Estas acciones, cuentan con medidas cautelares (como la suspensión provisional del acto demandado), que se presumen idóneas y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

Sobre el incumplimiento del requisito inmediatez lo resume a que una acción de tutela interpuesta casi dos años después de promulgada la Ley 1960 y un año después de que se esté dando su aplicación, carece de carácter inmediato, sin que se haya justificado la tardanza en su interposición aunado a lo anterior no existe la vulneración de derechos fundamentales reclamada pues el ICBF adelantó todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019 y específicamente estableció que en el caso de la accionante, no es procedente hacer uso de la lista de elegibles requerida por no cumplir con las condiciones al revisar los criterios de la CNSC.

No obstante, existen listas de elegibles por cada municipio para el cargo al que aspiró la tutelante y solamente es posible aplicar la lista de ella en el municipio de Pereira- Risaralda y en la actualidad no hay vacantes.

Deja en claro que frente al criterio con base en el cual se realiza el estudio de igualdad, en el presente caso, éste sigue siendo el mérito, de acuerdo con los *empleos equivalentes* no convocados, que fueron creados con posterioridad a la convocatoria.

Solicita con base en todo lo enunciado con antelación, que se declare improcedente la tutela frente al ICBF por no cumplir con los requisitos de relevancia *iusfundamental*, ni subsidiariedad ni encontrarse un perjuicio irremediable que haga viable el amparo y subsidiariamente pide que si estima procedente el amparo, se niegue éste por no advertirse violación de derechos por conductas atribuibles al ICBF.

En respuesta a la notificación de la primera nulidad decretada por el HTS se permite indicar concretamente que frente a lo ordenado en el auto, que el ICBF no posee los datos de las personas que concursan en las convocatorias de la CNSC y sólo acceden a ellos al momento de su vinculación a la planta de personal, por lo que se encuentran en imposibilidad de notificar la presente acción de tutela a las personas que integran la lista de elegibles; **NO OBSTANTE, PROCEDIERON A PUBLICAR EN SU PÁGINA WEB LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA**, lo que se puede evidenciar o consultar a través del siguiente link: [https://www.icbf.gov.co/system/files/27\\_tutela\\_martha\\_patricia\\_bonilla\\_-\\_publicar.pdf](https://www.icbf.gov.co/system/files/27_tutela_martha_patricia_bonilla_-_publicar.pdf)

Reitera que el referente tomado para la aplicación de la Sentencia T-340 de 2020; para el caso en concreto NO es aplicable, por no compartir los mismos supuestos fácticos respecto de la

vigencia de la lista de elegibles y la presentación de la Tutela, pues en dicha jurisprudencia el amparo constitucional está condicionado a la vigencia de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 20182020064265 con firmeza del 10 de julio de 2018, estuvo vigente hasta el pasado 9 de julio de 2020; mientras tanto la acción de tutela se interpuso el 24 de febrero de 2021 Culmina reiterando sus argumentos del primer escrito de contestación y las mismas peticiones de improcedencia por no cumplir los requisitos de relevancia *iusfundamental* del asunto, la subsidiariedad y perjuicio irremediable.

**Como respuesta a la segunda nulidad decretada, re envía el escrito inicial de contestación y adiciona que en cumplimiento a la orden contenida en el auto admisorio de tutela, el ICBF procedió a publicar en su página web la presente acción de tutela** y esto se puede consultar a través del siguiente link: [https://www.icbf.gov.co/system/files/56 acción de tutela no.2021-00013 martha patricia Bonilla.pdf](https://www.icbf.gov.co/system/files/56_acción_de_tutela_no.2021-00013_martha_patricia_Bonilla.pdf).

Aporta como prueba relevante para hacer valer: el Anexo Técnico OPEC No. 38825, donde se evidencia las 3 vacantes ofertadas y cubiertas por los elegibles que ocuparon los puestos 1 al 3, ya posesionados en propiedad en dichos cargos desde agosto de 2018 y contiene la relación de las 10 vacantes de la planta global del ICBF a las que no fue posible aplicar el criterio unificado de la CNSC.

## 2.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC

En término hace llegar escrito donde argumenta en su defensa que la presente tutela es improcedente, en virtud del principio de subsidiariedad, pues sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, aunado al hecho, que carece de los requisitos constitucionales y legales, toda vez que la inconformidad presentada recae sobre normas contenidas en el Acuerdo de Concurso dentro de los que se encuentra el “criterio unificado del 16 de enero de 2020” y la tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir o cuestionar la legalidad del acto administrativo de carácter general; tiene a su disposición un medio control como lo es la “Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho” previstos en la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter de impostergabilidad del amparo que reclama; no existe un perjuicio irremediable al controvertir normas que rigen el concurso de méritos y el criterio unificado del 16 de enero de 2020 que regula la aplicación de la Ley 1960 de 2020, frente al uso de listas de elegibles que han cobrado firmeza.

Sobre el caso concreto confirma que una vez consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad- SIMO, evidenció que en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, se ofertó 3 vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 38825, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, agotadas las fases del concurso, mediante Resolución No. 20182020064265 del 22 de junio de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer las 3 vacantes ofertadas y dicha lista estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020 (sic) y aclara que en cuestiones de nombramiento y posesiones en general en la administración de plantas de personal la CNSC, no tiene competencia alguna, pues la ley sólo le otorgó esa competencia a los representantes legales o delegados de las respectivas entidades.

Conformada la lista de elegibles quienes se encuentren en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, tienen el derecho de ser nombrado en período de prueba y posesionado en el empleo aspirado y para aquellos que su posición dentro de la lista de elegibles no dé lugar a su nombramiento directo, en el evento de que surjan nuevas vacantes, tienen la expectativa de ser nombrados, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los 2 años de vigencia de la lista.

Respecto a la aplicación del Criterio Unificado sobre el “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, el cual señala que el mismo empleo, es aquel **con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes**; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección y es por ello que consideran necesario identificar los conceptos de “mismo empleo” y “empleo equivalente”. Mismo significa idéntico y no otro, exactamente igual y equivalente que tiene semejanza o analogía con algo; aunado a lo anterior, el DAFP, contempla las definiciones de elementos necesarios en la identificación del empleo tales

como nomenclatura, denominación, código, grado, asignación básica, propósito y funciones y cuando hable de “ubicación geográfica”, esta corresponde a la identificación del lugar específico del territorio colombiano en el cual el servidor deberá desarrollar sus funciones.

Así que “mismo empleo” corresponde a uno exactamente igual, en todos los componentes relacionados, este es un requisito sine qua non para que los elegibles puedan ser nombrados en el empleo para el cual concursó y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección. Para analizar si un empleo es “equivalente” a otro se analiza similitud de funciones, requisitos de estudios, experiencia, competencias laborales asomo nivel jerárquico y grado salarial; este proceso requiere un análisis técnico detallado para determinar el contenido temático de éstos.

La CNSC está legalmente designada para conformar, organizar y manejar el banco nacional de listas de elegibles y por ello para que se dé el uso de la listas se debe presentar dos situaciones: a) cuando el elegible ha ocupado una posición meritosa y no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es su deber expedir el acto administrativo de derogatoria y cuando el elegible ha tomado posesión y renuncia, deben expedir el acto administrativo de aceptación de renuncia caso en el cual, el uso de las listas es automático y aquí la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista; la recomposición de la lista, se produce de manera automática, una vez se genera la vacante por las causales mencionadas y b) la segunda situación se da cuando se presenta renuncia o declara la vacancia definitiva, superado el período de prueba o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de elegibles; en este evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer “**uso de la lista con cobro**”; en el caso que se presenten vacantes por la creación de nuevos cargos por parte de la entidad, previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, debe reportar en el aplicativo SIMO de conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 0001 de 2020, expedidos por la Comisión Nacional, para que sean provistos con la lista de elegibles que se encuentran vigentes.

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad- SIMO, pudo constatar que durante la vigencia de la lista el ICBF, no reporto vacante adicional a las ofertadas en el marco de la convocatoria, que cumpliera el criterio de los “mismos empleos” aunado a lo anterior, consultado el Banco de Nacional de Lista de Elegibles pudo evidenciar que no reportó por el ICBF movilidad de la lista; las vacantes ofertadas se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 1, 2 y 3; se corroboró además que la señora Martha Patricia Bonilla Pineda ocupó la posición 4 de la mencionada lista de elegibles, por lo que se encuentra sujeta no sólo a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Concluye indicando entonces, que en este caso concreto no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles acaeció la pérdida de ejecutoria.

Solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela porque no existe vulneración alguna de derechos fundamentales por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

A raíz de la nulidad decretada por el HTS, procede a reenviar el mismo documento y anexos, con el que dio respuesta al libelo en forma inicial.

En respuesta a la segunda nulidad decretada y en cumplimiento al auto del Despacho, procede a compartir la constancia de publicación ante la página web de la CNSC, así como el link para verificar: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf>.

Aporta como pruebas para hacer valer:

- Copia de la Resolución No. CNSC -20182020064265 del 22 de junio de 2018 mediante la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 3 vacantes Código OPEC 38825.
- Copia del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 sobre “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”.

- Copia del Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 sobre “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”, aclara concepto de mismo empleo utilizado.
- Copia de la circular externa No. 001 de 2020.
- Copia de Complementación a Criterio Unificado del 6 de agosto de 2020 sobre “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” del 16 de enero de 2020, agregando el concepto de “mismo empleo”.
- Copia de Providencia de Tutela del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Arauca- Sala Única del 3 de septiembre de 2020, que declara la improcedencia de la tutela para resolver asunto donde se solicita se declare la inconstitucionalidad del Criterio Unificado de la CNSC que restringe el alcance y aplicación de la Ley 1960 de 2019.

**2.3 Sandra Patricia Fonseca López, Mónica Beatriz Rubio Mora y Wilmer Alexander Estrada Quintero**, guardaron silencio respecto a hechos y pretensiones de esta tutela, misma que como se evidencia con las comunicaciones del ICBF y CNSC y de la publicación hecha en la página web del HTS de Pereira y Rama Judicial, fue puesta en conocimiento públicamente.

#### **2.4 Yaisa Johanna Sastoque Ruiz.**

En respuesta al libelo indica en primera medida, que se desempeña en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología del ICBF desde el año 2012 hasta la actualidad en la Regional Vaupés y que es madre cabeza de familia con 3 menores de edad (11 y 6 años y el último de 6 meses de edad).

Con base en la Ley 83 de 1993, artículo 2, cuenta con los requisitos para ser tenida como jefe femenina del hogar y de acuerdo a los mecanismos establecidos por el Gobierno Nacional es una persona de especial protección al aplicársele el ordenamiento constitucional y legal que desarrollan los referentes de la estabilidad laboral que la cobija, como trabajadora del sector público.

En respuesta a la nulidad decretada, re envía su escrito inicial junto con los anexos enunciados.

Aporta como pruebas para hacer valer: copia de la Resolución de nombramiento en provisionalidad en el cargo, el acta de posesión, certificación del ICBF como madre cabeza de hogar, certificación de afiliación a EPS y de los registros civiles de nacimiento de sus tres hijos menores de edad.

#### **2.5 Ericka Lisett Figueroa Quinayas.**

En respuesta al libelo indica en primera medida, que se desempeña en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología del ICBF desde el 1 de noviembre de 2007 hasta la actualidad, por las diferentes dependencias del ICBF en la Regional Putumayo, con mayor tiempo en el Grupo de Asistencia Técnica, cargo que salió a concurso en la convocatoria 433 de 2016 en la OPEC 38958, declarándose desierto en la actualidad.

Aunque desconoce los pormenores del trámite procesal que desencadenó en la nulidad por el Tribunal, toda vez que sólo se le corrió traslado del escrito de tutela del 27 de abril de 2021 con 17 anexos en PDF; respecto a hechos y pretensiones, pide que o se acceda a todo lo pedido, toda vez que si bien la acción de tutela se puede ejercer para pedir la protección de derechos fundamentales, en este caso particular, la señora Martha Patricia Bonilla debe probar y argumentar de forma evidente la vulneración de éstos, además del cumplimiento del principio de subsidiariedad, inmediatez y que existe un perjuicio irremediable porque de lo contrario es imposible ponderar la presunta conculcación por parte de las accionadas y su responsabilidad.

Sobre el tema en concreto, se permite indicar que desde el inicio se conocían las reglas del juego, plasmadas éstas en la Convocatoria según el Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 y por ello, no entiende la razón por la cual la accionante solicita un cargo que claramente no fue su voluntad previa seleccionar ni el motivo por el cual afirma que tiene un derecho adquirido por estar ocupando en este momento un primer lugar en una lista de elegibles de la cual ya se hicieron los nombramientos en los puestos ofertados y por lo tanto lo pedido aquí, a su juicio, no es aplicable. El empleo ofertado tiene una asignación específica en cuanto a los cargos, funciones y perfil que debe cumplir el aspirante, por lo que no se tratan de los mismos

cargos el **OPEC 38825** y **OPEC 389858** (que ella desempeña), las funciones que se deben cumplir son abismalmente diferentes como más adelante se precisará, de lo contrario se tendría tan solo un OPEC con un mismo código, ni mucho menos son equivalentes término que según el Diccionario de la Real Academia Española, lo define como *“igualdad en el valor, estimación, potencia, eficacia de dos o más cosas o personas”*, son cargos completamente diferentes.

Estima que lo más sano es que una vez abierto el proceso de selección específico por la entidad, ya que agotadas las opciones anteriores no fue posible la provisión del empleo, se proceda a postularse para los cargos desiertos, entre los que está la **OPEC 389858**, y sea el ICBF el que decida si en efecto se cumple o no con los requisitos para acceder al mismo.

Con base en norma legal, administrativa y reglamentaria del concurso, se ha establecido que si hay una vacante y la lista de elegibles es conformada por una o más personas, ese funcionario que se encuentra en provisionalidad y que cumpla con orden de protección especial, deberá reubicarse en otros empleos de carrera o temporales, en el evento que el cargo que ocupaba sea provisto y por ello, se permite informar que se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta en atención a que es madre cabeza de familia, de su trabajo dependen 2 hijos: uno menor de edad y otro recién cumplido los 18 años, iniciando sus estudios universitarios aunado al hecho de que tiene deudas bancarias, entre otros gastos que son propios del sostenimiento de un hogar, en consecuencia hogar ostenta por preceptiva legal una protección especial conforme a lo establecido en la Sentencia T- 084/2018. El cumplimiento de requisitos jurisprudenciales de protección pueden ser corroborados con las entidades que a bien tenga el juez de tutela; no obstante, se permite allegar pruebas de las personas a su cargo como de los gastos de su núcleo familiar (allega un cuadro con relación de gastos por \$4.944.568); resaltando que su hija menor de edad depende totalmente de su trabajo y se vería afectado su interés superior prevalente conforme lo establece el artículo 44 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, se permite informar también que hace parte de la junta directiva del Sindicato del ICBF – SINTRABIENESTAR (aporta la prueba respectiva donde aparece como secretaria); se encuentra protegida por fuero sindical.

Pide que se tenga en cuenta también, el hecho notorio que representa la pandemia Covid 19 y el Decreto 488 del 27 de marzo de 2020 expedido por el Gobierno Nacional, que dispuso las medidas de conservación del empleo dentro de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada.

Resalta además, que si bien la OPEC de la accionante 38825 y la OPEC 38958, si bien se ajustan a la misma denominación, grado y código, cuentan con funciones distintas, así como la ubicación de cargo es diferente y se desarrollan en diferentes áreas, su cargo se encuentra dentro del grupo de asistencia técnica, sin cumplir funciones directas con el Sistema de Bienestar Familiar como sí ocurre con el cargo opcionado por la petente. Procede a presentar un paralelo de funciones generales entre ambos cargos y para demostrar que no son iguales ni equivalentes.

Concluye que por sustracción de materia, las OPEC 38958 y 38825 que fueron ofertadas, no cumplen con los criterios de propósito, funciones, ubicación geográfica pues la accionante postuló para Risaralda mientras que su cargo se encuentra en el municipio de Mocoa, Departamento del Putumayo.

Estima que la respuesta desfavorable dada por el ICBF ante la solicitud de la señora Bonilla Pineda, respecto al uso de lista de elegibles al ICBF de la Opec 38825, estuvo acertada sin dejar de lado que la lista de elegibles se encuentra vencida, reiterando que la accionante no tiene un derecho adquirido.

Por otra parte, estima que la presente acción de tutela no es procedente, toda vez que no cumple con el requisito de inmediatez pues la lista de elegibles tiene fecha 22/06/2018 y para la fecha en que se presentó la tutela 27/04/2021, han transcurrido cerca de tres años, respecto a la presunta conculcación de derechos, inclusive teniendo en cuenta que las 3 vacantes por las que concursó ya se encuentran proveídas. No se demuestra tampoco la ocurrencia de un perjuicio irremediable y por ello solicita se nieguen las súplicas de tutela porque no existe la vulneración de derechos reclamada, no se cumple con el requisito de inmediatez, el cargo que ella ocupa es diferente en funciones pues no es equivalente y se tenga en cuenta su condición de cabeza de familia y fuero sindical.

Sobre la nulidad decretada no hizo pronunciamiento alguno.

Aporta como pruebas para hacer valer:

1. Registro civil de nacimiento de sus hijos menores SARA ISABELLA BELNAVIS FIGUEROA y DAVID GERONIMO BELNAVIS FIGUEROA.
2. Soportes de la relación de gastos y obligaciones que se cita en el presente escrito.
3. Copia de Constancia de Registro Junta Directiva Organización Sindical INTRABIENESTAR al a la cual pertenezco.
4. Resolución No. 0027 del 07/01/2020 por medio del cual se concede permiso sindical a los miembros directivos de SINTRABIENESTAR, entre ellos la suscrita.
5. Copia del Decreto 498 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función pública.
6. Manual de Funciones OPEC 38958 ICBF.
7. ICBF Resolución 2859 de 2013 (**Reglamenta la estructura del ICBF en el nivel regional y zonal**)
8. Pantallazo OPEC 38958 sin lista de elegibles.

## **2.6 Grissel Jorlen Livingston Bowie.**

En respuesta al traslado hecho y a la puesta en conocimiento de la tutela por parte del Director Regional ICBF San Andrés Isla, doctor Juan Carlos Bonilla Davis; indica que en atención a la comunicación de correr traslado a servidor público en provisionalidad o mediante encargo en el empleo 2028-17 perfil psicología, se permite informar que mediante Resolución No. 11864 de 2019 fue inscrita en el Registro Público de Carrera Administrativa en dicho empleo, desde el 29 de noviembre de 2019 y adjunta como prueba la certificación expedida por la CNSC.

## **2.7 Silvia Victoria Largo.**

En respuesta al traslado hecho y a la puesta en conocimiento de la tutela por parte del Director Regional ICBF San Andrés Isla, doctor Juan Carlos Bonilla Davis; da respuesta al auto del 23 de junio de 2021 e informa que mediante Resolución No. 000950 del 27 de marzo de 2008, fue nombrada en la planta global del ICBF en forma provisional, en la regional San Andrés, bajo código 2028, grado 15 Profesional Especializada y posesionada mediante Acta 009 del 11 de abril de 2008. Con Resolución 4605 del 24 de octubre de 2008 se modificó la fecha de terminación del citado nombramiento provisional indicándose que éste estaría vigente hasta el momento en que se expidiera o se conformara la lista de elegibles del concurso de mérito. Mediante Resolución 7647 del 10 de septiembre de 2013 fue incorporada al cargo de Profesional Especializado, Código 2028, grado 17 de la planta global del ICBF en la Regional San Andrés Isla y posesionada mediante Acta No. 20 de esa misma fecha.

Informa que cuenta en la actualidad con 62 años de edad, encontrándose según la Ley en retén social (artículo 12 Ley 790 de 2002) e indica además, que para ocupar un cargo público en el ICBF en San Andrés, se debe acreditar el dominio del idioma inglés, con certificación de la Secretaría de Educación o entidad avalada por el Gobierno Departamental y acreditar residencia permanente en la isla (Decreto 2762 de 1991).

Aporta como pruebas para hacer valer las copias de las Resoluciones enunciadas, Actas de Posesión y copia de su cédula de ciudadanía.

**2.8 Servidores Públicos con nombramiento provisional o mediante encargo que desempeñan el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología- Segundo Reporte OPEC-SIMO No.136700 en los Centros Zonales Lérída, Salamina, Fonseca, Chaparral y de Belén de Umbría Risaralda,** pese a que fueron debidamente notificados por publicación en las diferentes páginas web de la CNSC, ICBF, Rama Judicial y HTS de Pereira , guardaron silencio respecto a hechos y pretensiones, desconociéndose su posición al respecto.

## **III.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.**

### **1.- Competencia**

De conformidad con lo reglado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, reglamentado por el 306 de 1992 y posteriormente por el 1983 de noviembre 30 de 2017, este Juzgado es competente para tramitar y decidir la solicitud de amparo constitucional.

## **2.- Problema Jurídico.**

Subsanada la nulidad decretada, corresponde a este Despacho determinar en primera medida, la procedencia de la acción de tutela para este tipo de asuntos y una vez establecida esta, entrar a analizar si ha habido vulneración de derechos invocados por la señora Martha Patricia Bonilla Pineda, al negarse las accionadas, en aplicación a la Ley 1960 de 2019, a usar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC- 20182020064265 del 22 de junio de 2018 para proveer una vacante en el empleo identificado con el Código OPEC No. 38825, Código 2028, Grado 17, Cargo Profesional Especializado, Perfil Psicología del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Convocatoria 433 de 2016, ocurrido con posterioridad a la expedición de la lista de elegibles.

La Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional es la facultad que cualquier persona tiene de acudir antes los jueces en todo momento y lugar para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales de índole constitucional cuando exista vulneración o amenaza por parte de las autoridades o los particulares, en éste último caso en los eventos señalados en el Decreto 2591 de 1991.

Esta acción sólo es procedente cuando quien la deprecia no dispone de otro medio de defensa judicial a no ser que se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable en cuyo caso se puede solicitar como mecanismo transitorio.

La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de Tutela no puede concebirse como medio judicial que sustituya los mecanismos consagrados en la Constitución y en la ley, tampoco como mecanismo alternativo por el cual se pueda optar en contra de los procesos señalados en nuestro ordenamiento jurídico.

### **2.1 De la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos.**

Por regla general se ha establecido que el mecanismo especialísimo de la acción de tutela, no procede contra actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto la persona afectada directamente, puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, *los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: “el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias” al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia.*

De tal suerte que, jurisprudencialmente se han establecido unos requisitos generales de procedibilidad de la tutela para intervenir en este tipo de asunto y es por ello que es deber del juez constitucional entrar a analizar la legitimación por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad; veamos lo dicho en la T- 340 de 2020 sobre el examen de procedencia:

#### **“3.3. Examen de procedencia**

3.3.1. En cuanto a la *legitimación por activa*, el artículo 86 de la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona de reclamar mediante acción de tutela la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Este precepto se desarrolla en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en el que se consagra que: *“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.*

En la acción de tutela que se revisa se considera que el señor José Fernando Ángel Porras se encuentra legitimado en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, ya que afirma ser el directamente afectado con la decisión del ICBF.

3.3.2. Respecto de la *legitimación por pasiva*, el artículo 86 del Texto Superior establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley<sup>[11]</sup>. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada por la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación, es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión<sup>[12]</sup>.

En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas. Por lo demás, respecto de la primera, la negativa de nombrar y posesionar al accionante en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, está vinculada con la función de administrar su planta de personal. Ahora bien, respecto de la Comisión, la Sala encuentra que la pretensión del actor se fundamenta en su posición en la lista de elegibles adoptada en Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018, por lo que, su eventual uso para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución<sup>[13]</sup> y de la ley<sup>[14]</sup>, es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.

Ahora bien, la Sala observa que el juez de primera instancia vinculó a la señora Yaneth Benítez Vásquez para que, si lo consideraba, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones que dieron origen al amparo. A juicio de esta Sala, con dicha decisión, el juez integró debidamente el contradictorio, comoquiera que, al ser la persona que por encargo ocupaba el cargo al que aspira ser nombrado el accionante, una eventual decisión favorable a las pretensiones de este último, sería contraria a sus intereses, incluso porque en la práctica se está cuestionando la validez del acto que dispuso su nombramiento en encargo el día 21 de enero de 2019.

Por último, se observa que el juez de primera instancia en el trámite de admisión, ordenó a la CNSC comunicar de la presente acción de tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles adoptada en la resolución del 18 de julio de 2018, pero la oficiada no aportó prueba de tal actuación. En este caso, no se evidencia que la ausencia de tal elemento de convicción tenga alguna incidencia respecto de la debida integración del contradictorio, ya que la Corte ha considerado necesaria la vinculación de todas las personas de una lista de elegibles, cuando su posición original en ella “*cambiaría por la modificación eventual de un criterio para fijar dicho orden*”<sup>[15]</sup>, circunstancia que no tendría lugar en esta controversia, de conformidad con la materia objeto de litigio. En efecto, este Tribunal ha entendido que, cuando la decisión objeto de revisión se centra en analizar la situación específica del accionante, sin modificar los criterios que sirvieron de base para su elaboración, no existe un interés legítimo del resto de integrantes de la lista, que exija su notificación en el proceso<sup>[16]</sup>.

3.3.3. Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se lleve a cabo dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el *principio de inmediatez*.

En relación con el caso objeto de estudio, la Corte observa que se cumple con el citado requisito, en tanto la última respuesta del ICBF respecto de la solicitud de nombramiento y posesión del actor en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, es del 20 de abril de 2019 y la acción de tutela se presentó el 6 de mayo del mismo año, es decir, que transcurrió menos de un mes entre ellas, tiempo que, a juicio de la Sala de Revisión, es razonable.

3.3.4. Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>[17]</sup>. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “*procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección*”<sup>[18]</sup>. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: “*e/*

*juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias*” al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia<sup>[19]</sup>. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019<sup>[20]</sup>, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

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

“Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que **los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado,** pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. **En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico.** (...)”

“Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra **el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.** // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)”<sup>[21]</sup>.

En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplias<sup>[22]</sup>; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:

“(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar<sup>[23]</sup> y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.”<sup>[24]</sup>

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019<sup>[25]</sup>.

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos<sup>[26]</sup>, en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó, aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública. Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el “(...) **principio de mérito** como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales”<sup>[27]</sup>.

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

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica<sup>[28]</sup>.

Lo anterior, en línea con la solicitud formulada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para la cual, desde la óptica constitucional, no se ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar esas precisiones.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que *surja* del análisis del acto demandado y de su *confrontación* con las normas invocadas como vulneradas<sup>[29]</sup>. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>[30]</sup>, sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará “*en estricto orden de méritos*” para cubrir “*las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos*”

*equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad*”, únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa<sup>[31]</sup>, en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa<sup>[32]</sup>, por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor<sup>[33]</sup>, hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados. Por esta razón, se procederá a plantear el problema jurídico bajo examen y a determinar los aspectos que serán objeto de evaluación por parte de este Tribunal, con base en los cuales se adelantará el examen del caso concreto.”

Descendiendo al estudio de nuestro caso tenemos que:

#### **Legitimación en la causa por activa:**

La señora Martha Patricia Bonilla Pineda presenta el libelo en nombre propio, es la directamente afectada por las decisiones tomadas por el ICBF en relación con concurso méritos en el que participó y por ende, está legitimada para promover el amparo;

#### **Legitimación por pasiva:**

Ambas autoridades públicas accionadas, tienen relación directa con el hecho, veamos: el ICBF por negarse a utilizar la lista de elegibles donde figura la accionante y por presuntamente negarse a nombrarla y posesionarla en el cargo para el cual concursó y la CNSC porque tiene dentro de sus competencias legales, la de administrar las listas de elegibles, los concursos de méritos y la carrera administrativa a nivel nacional para proveer los cargos en entidades públicas, aunado lo anterior, a que la decisión que se tome, pueda incidir en el uso de la lista del cargo a proveer.

En cuanto a los vinculados Sandra Patricia Fonseca, Mónica Beatriz Rubio Mora y Wilmer Alexander Estrada Quintero, no obstante que el superior consideró que habían sido mal notificados de la admisión del libelo, procediendo a subsanar las inconsistencias encontradas por éste y que desde un principio, este Despacho, no encuentra legitimación en la causa por pasiva respecto a quienes ocuparon los 3 primeros puntajes dentro de la convocatoria tantas veces enunciada y quienes ahora se encuentran legalmente posesionados en sus puestos, así que cualquier decisión que se llegase a tomar respecto a esta tutela, no les afectará; la accionante obtuvo un puntaje muy inferior al obtenido por ellos.

En cuanto a las señora Yaisa Johanna Sastoque Ruiz, Silvia Victoria Largo y Grissel Jorleny Livingston Bowie y los otros 6 funcionarios nombrados en provisionalidad o mediante encargo para desempeñar el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil en Psicología, no se encuentra legitimación en la causa por pasiva, pues todos y cada uno de ellos ocupan cargos en otros departamentos diferentes a Risaralda y la actora en ningún momento manifestó su voluntad o se pronunció de forma general para ser nombrada en cualquiera de esos municipios o en la Isla de San Andrés donde además dentro de los requisitos del cargo se encuentran el de tener certificado el idioma inglés y residir en la isla y respecto a Ericka Lisett Figueroa Quinayas se pudo evidenciar, a primera vista, que efectivamente las funciones y equivalencias de los cargos Opec, no son iguales por ende, se puede descartar cualquier decisión negativa al respecto.

#### **Principio de Inmediatez:**

Se puede establecer que efectivamente en mayo de 2020 la señora Bonilla Pineda presentó la solicitud de aplicación de la Ley 1960 de 2019 y que la respuesta emanada del ICBF data del 7 de junio de 2020; la solicitud de amparo data del 7 de febrero 2021, lo que evidencia sin duda alguna, que se presentó 8 meses después de la última gestión, período que a nuestro criterio no es razonable e incumple de forma franca el principio de inmediatez, pues el amparo no respondería como instrumento judicial de aplicación inmediata y/o urgente, y

### **Principio de subsidiariedad:**

Es sabida por todos la regla general de improcedencia de la tutela contra actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, pues la afectada puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción Contencioso Administrativo para el efecto; en esta se pueden pedir medidas cautelares varias (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión), mismas que pueden ser ordenadas de forma concurrente, dependiendo del caso, para garantizar el acceso material a la administración de justicia. En el precedente traído a colación, se va más allá por nuestro órgano de cierre constitucional y se decide analizar la procedencia desde la perspectiva del acceso material a la administración de justicia. No obstante, reitera que pese a la existencia de las otras vías de reclamación, se deben analizar las dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la tutela: **i) existencia de un perjuicio irremediable y ii) cuando el otro medio existente no brinda los elementos de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, resaltando en este aparte que se deben analizar a partir de la naturaleza de la disputa, los hechos y el impacto respecto a los derechos o garantías constitucionales.**

En nuestro asunto no se indicó en qué consiste el perjuicio irremediable, ni siquiera se esbozó y de todo lo analizado no se pudo vislumbrar su existencia, si bien se concluye por la HCC que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos en desarrollo de un concurso de méritos y que hay ir más allá de la causal de perjuicio irremediable analizando, claro está, la eficacia e idoneidad del medio existente y la naturaleza de la disputa, los hechos y su impacto en los derechos, principios o garantías constitucionales; **si bien se evidenció que la actora quedó de primera en la lista de elegibles, luego de proveer las 3 vacantes para las cuales se ofertó la OPEC 38825, también se demostró por las accionadas que no se han ofertado nuevas vacantes ni se han presentado renunciaciones de los posesionados elegibles ni la existencia de una vacancia definitiva respecto del mismo cargo para el cual concursó y con lo cual se atentaría gravemente contra sus derechos fundamentales.**

Por el contrario, se puede evidenciar que lo pretendido es que se deje sin efecto un acto administrativo legalmente expedido (oposición normativa evidente), a través de este mecanismo especialísimo, cuando se conoce que el juez natural es el llamado a resolver este tipo de asuntos con facultades legales de recolección de pruebas, análisis profundo de hechos y pretensiones con resolución definitiva de protección de derechos encontrados como violados. No se puede acudir al mecanismo de la tutela como medio alternativo, por resultar más rápido para conseguir su cometido. Encuentra este Despacho, salvo mejor criterio, que no se cumple con el presupuesto de subsidiariedad de la acción de tutela para analizar de fondo este asunto, al existir otro medio más eficaz e idóneo para protección de derechos.

Para finalizar, **se permite este Despacho evidenciar en la presente actuación que el principio al mérito no se puso ni se encuentra en riesgo**, toda vez que el precedente jurisprudencial presentado como sustento de su reclamación tienen fundamentos fácticos diferentes, en ellos, se presentó la vacante en el mismo cargo para el cual concursaron pero que al momento de suplirlos, no alcanzaron vacante y con posterioridad a la expedición de listas de elegibles se presentó ésta, aunado al hecho que la accionante dejó vencer la lista de elegibles No. CNSC-20182020064265 del 22 de junio de 2018 y acudió a pedir la protección constitucional 8 meses más tarde.

**2.2** Establecida la improcedencia para resolver el presente asunto, considera este Despacho, que no es viable realizar el análisis de fondo de hechos y pretensiones habida cuenta que las diferencias presentadas entre el ICBF, CNSC y la actora, deben ser resueltas por el juez natural o Contencioso Administrativo

De conformidad con lo anteriormente expuesto, este Despacho decide negar el amparo pedido para los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, trabajo, y acceso a cargos públicos de carrera administrativa, por improcedencia de la acción de tutela para resolver

este tipo de controversias y no detectar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que lo haga viable de forma transitoria.

Se notificará esta sentencia a las partes por el medio más expedito con la advertencia de que contra ella procede el recurso de impugnación ante este Despacho dentro de los tres días siguientes a su notificación.

Se remitirá la presente acción de tutela a la Corte Constitucional para que se surta la revisión eventual de que trata el Estatuto de Tutela, en el evento de que no se presente impugnación dentro del término de ley.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE PEREIRA, RISARALDA**, administrando justicia en nombre del Pueblo Colombiano, por mandato Constitucional y Legal,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR** la improcedencia de la tutela y **NEGAR** amparo pedido para los derechos fundamentales al debido proceso a la igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, invocados por la señora **MARTHA PATRICIA BONILLA PINEDA, CC 28.978.762**, en contra de las accionadas **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF** y los vinculados señores **Sandra Patricia Fonseca López, Mónica Beatriz Rubio Mora, Wilmer Alexander Estrada Quintero, Ericka Lisett Figueroa Quinayas, Yaisa Johanna Sastoque Ruiz, Silvia Victoria Largo y Grissel Jorleny Libingston Bowie y demás Servidores Públicos con nombramiento provisional o mediante encargo que desempeñan el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 con Perfil Psicología**, toda vez que la acción de tutela no es mecanismo idóneo para resolver este tipo de controversias, no detectar la ocurrencia de un perjuicio irremediable conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente sentencia a las partes por el medio más expedito, con la advertencia de que contra ella procede el recurso de impugnación ante este Despacho dentro de los tres días siguientes a su notificación, exhortando al ICBF y a la CNSC para publiquen en su página web esta providencia y para los demás interesados se notificará la providencia a través de la página de la Rama Judicial: [url. www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co) -novedades- y página web del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira: [url. www.tribunalsuperiorpereira.com](http://www.tribunalsuperiorpereira.com) -avisos- y se fijara en la cartelera de la secretaría de este Juzgado. **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para que se surta la revisión eventual de que trata el Estatuto de Tutela; en caso de que no se presente impugnación dentro del término de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**MARIO HUMBERTO ARISTIZÁBAL ARISTIZÁBAL.**  
Juez.