



Santa Marta, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICACION :	Nro. 47-001-3331-003-2023-0275-00
ACTOR :	BIENVENIDA GARCIA CORRALES
OPOSITOR :	ICBF
ACCION :	TUTELA

Procede este Despacho Judicial a proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, presentada por BIENVENIDA GARCIA CORRALES, contra Comisión Nacional de Servicio Civil, y ICBF, por la presunta vulneración de su derecho fundamental mínimo vital, salud, vivienda, vida digna.

I. ACCIONANTE

El presente medio de control fue instaurado por BIENVENIDA GARCIA CORRALES.

II. ACCIONADO

Esta tutela está dirigida en contra Comisión Nacional de Servicio Civil, y ICBF.

III. LO QUE SE PIDE

El actor solicitó que se le tutele u derecho fundamental que están siendo vulnerado por Comisión Nacional de Servicio Civil, y ICBF y como consecuencia de ello se sirvan ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC y al ICBF, que, en su calidad de madre cabeza de familia no sea removida del puesto que en provisionalidad ostenta tras el concurso de mérito en el cual fue expuesto como cargo a proveer el que la citada actora en estos momentos ocupa.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

Como hechos que describe la parte actora, se transcribe por este Despacho lo siguiente:

“(…)

PRIMERO: Fui nombrada en Provisionalidad mediante, Resolución No 7766 de 05 de septiembre del 2017 y me posesioné según acta de posesión No 009 de fecha 07de septiembre del 2017, fue ubicada en el cargo como como profesional universitario con el OPEC 2044, grado 07 en el Centro Zonal Santa Ana, del Departamento Magdalena.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

SEGUNDO: Como quiere que desde el día 07 de septiembre del 2017, he venido desempeñándome como Profesional Universitario con el OPEC 2044 grado 07 adscrita al Centro Zonal Santa Ana Magdalena.

TERCERO: Con mi trabajo sostenía a dos personas que tenía bajo mi cargo, una de ellas era mi madre la señora ALICIA CORRALES DE GARCIA y mi hermana BERENA DE JESUS GARCIA CORRALES, quien padece una condición de discapacidad Síndrome Down. (ver documento anexo).

CUARTO: Lamentablemente el día 24 de mayo del 2010, mi madre falleció, desde ese momento, he asumiendo la responsabilidad de manera exclusiva y permanente del cuidado, atención, protección, alimentación, vestido y medicamentos de mi hermano por su condición de discapacidad. (ver documento anexo).

QUINTO: No cuento con apoyo de la familia para sufragar los gastos de mi hermana e igualmente los míos, no tengo esposo como tampoco la familia no cuenta con los recursos suficientes para apoyarnos a cubrir las necesidades básicas

SEXTO: Por consiguiente, con la condición de mi hermana que tiene una condición de discapacidad y por mi edad no podré ubicarme laboralmente para atender las necesidades básicas tanto de ellas como las propias.

SEPTIMO: Acudo por medio de este escrito, que de los hechos de manera exegética de la definición de MADRE CABEZA DE FAMILIA, con llevaría a determinar que esa condición solo podría predicarse de las mujeres que tenía hijos menores de edad o incapacitados para trabajar. Sin embargo, el concepto de MADRE CABEZA DE FAMILIA, debe integrarse armónicamente con el de una mujer cabeza de familia, a la que el Estado le debe una especial protección, conforme en el artículo 43 de la Constitución Política que se desarrolla en el artículo 2º de la ley 82 de 1993.

OCTAVO: En efecto, el artículo 1 modifica el artículo 2.2.12.1.2.2. del Decreto 1083 del 2015, el cual quedara así: "Artículo 2.2.12.1.2.2. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

organismos y entidades quemodifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán las siguientes reglas: Acreditación de la causal de protección.

NOVENO: Así pues, al desvincularme el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, SE CONFIGURA EL PERJUICIO IRREMEDIABLE, que de acuerdo a lo que establece la línea jurisprudencial frente a la sentencias de la honorable Corte Constitucional que reiteran su postura frente a la condición de Madre Cabeza de Familia, vulnerado derechos fundamentales de primera generación causándome y configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital, que afectaría directamente a mí por mi avanzada edad tengo 67 años, soy una adulto mayor y a mi hermana por su condición de discapacidad porque no tenemos, oportunidades laborales (mi edad y la condición de mi hermana tiene discapacidad absoluta) o alternativa económica por esta razón acudo a que me ampare mi derecho Constitucional al MINIMO VITAL, A LA SALUD, VIDA DIGNA, VIVIENDA, porque sostengo a mi familia quien es mi hermana. Porque yo como cabeza de familia, sufrago todas necesidades de mi casa, como pagos de servicios públicos, la alimentación, medicamentos para mi hermana por su condición además por mi avanzada edad también los medicamentos propios de edad, soy hipertensa y diabética (ver documento anexo).

DECIMO: Seguidamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar emitió un MEMORANDO documento radicado No. 2020494000000063200003, de fecha 10 de febrero del 2023, dirigidos a todos los directores a nivel nacional, con el fin que se estudiara cada caso para poner en movimientos las ACCIONES AFIRMATIVAS CONSTITUCIONALES, con el propósito de proteger a todas los servidores públicos que tuviera alguna condiciones como SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN en el marco de la debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de constitución política, con base en este memorando acompasado con la constitución y la ley el día 29 de mayo del 2023, presente solicitud para que se ampara mi derecho. (ver documento anexo).. (...)"

4.2. Pruebas presentadas:

Documentales:

1. Copia de Cédula BIENVENIDA GARCIA CORRALES



2. Copia de Cedula BERENA DE JESUS GARCIA CORRALES
3. Copia de la Resolución de Nombramiento
4. Copia del Acta de Posesión
5. Copia Registro Civil de su hermana BERENA DE JESUS GARCIA CORRALES. 6. Copia del Registro de Defunción de su madre
7. Copia del Certificado de Afiliación de la EPS MUTUAL SER
8. Copia del Certificado de Discapacidad de conformidad con la ley 1996 del 2019
9. Copia de declaración bajo la gravedad de juramento da cuenta desde cuando ejerce la jefatura de MADRE CABEZA DE FAMILIA a favor de su hermana por su condición de discapacidad de carácter permanente
10. Copia de la Solicitud al ICBF de fecha 29 de abril del 2023
11. Copia de la respuesta del ICBF de fecha 15 de junio del 2023
12. Copia del pago de los recibos públicos domiciliarios
13. Copia de la epicrisis de su condición de morbilidades que padece (hipertensión Diabetes)

4.3. Recuento procesal:

Mediante auto de fecha 29 de junio de 2023 se admitió la tutela, se notificó en legal forma señor Director de INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y se vinculó a las de personas que conforman a la Comisión nacional de servicio civil, y transcurrido el trámite procesal respectivo se proferió decisión de fondo en calenda 13 de julio de 2023, en el que se declara improcedente.

De la decisión proferida, se presentó impugnación por parte de la parte actora, la cual fue remitida al Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena, el cual en decisión 23 de agosto de 2023 declara la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo en el trámite constitucional de tutela y ordena la vinculación de YENNY ALEJANDRA QUEVEDO GARCIA toda vez que la citada señora fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de Profesional Universitario, código 2044, grado 7, con OPEC N° 166312 en el ICBF del Municipio de Santa Ana –Magdalena.

Devuelto el expediente y en cumplimiento a la ordenanza impartida por el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena, en calenda 4 de septiembre de la presente anualidad esta agencia judicial procede a admitir la presente acción de tutela y la vinculación a la señora YENNY ALEJANDRA QUEVEDO GARCIA.

CONTESTACION DEL ICBF.

“(…)Congruente con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, dispone que “La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

En cumplimiento de lo reglado en los artículos 30 de la Ley 909 de 2004 y 3° del Decreto Ley 760 de 2005 modificado por el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015, se establece expresamente que la entidad responsable del Proceso de Selección de la convocatoria de concurso de méritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, denominado “ORDEN TERRITORIAL 2022” para el cargo de Docente Primaria. Profesional Grado 2 código 219 números de OPEC 180660, es la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, Es así como en reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional ha determinado que la legitimidad en la causa por pasiva en la acción de tutela es la determinación del incumplimiento de las obligaciones jurídicas exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley a responder por ellas.

En el mismo sentido, el máximo tribunal constitucional ha señalado que “para que la acción judicial se abra camino en términos de favorabilidad, es necesario que -además de que se cumplan otros requisitos- exista una coincidencia de derecho entre el titular de la obligación pretendida y el sujeto frente a quien dicha conducta se reclama.

La incongruencia o falta de identidad entre dichos sujetos, conduce usualmente al proferimiento de sentencias desestimatorias, las cuales, como es obvio, resultan altamente perjudiciales para el demandante.

Bajo tales postulados, en el presente caso en lo relacionado con las etapas del concurso de méritos de la señalada convocatoria, nos encontramos frente a una COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA CNSC entidad que conforme el mandato constitucional se encuentra encargada de dirigir el concurso de méritos para proveer las 3.792 vacantes del ICBF en todas sus etapas.

En consecuencia, y dado que el trámite del concurso de méritos es de resorte exclusivo de la CNSC se solicitará al Despacho desvincular al ICBF o abstenerse de emitir ordenes en lo que atiene a este tema, pues carece del presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte denominado falta de legitimación en la causa por pasiva.

La accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos sin que hayan demostrado que son insuficientes para esos fines. Tampoco demostró que de acudir a las vías judiciales ordinarias se configure un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales.

Con la posición que esgrimen en el escrito de tutela es viable entender que en el fondo se opone a actos administrativos por medio de los cuales se dispone su desvinculación por una causal objetiva, como lo es la provisión del empleo en carrera administrativa, esto es, ataca actos de la administración que concretan situaciones particulares bajo disposiciones legales, en este orden, se precisa que los actos



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

administrativos no son susceptibles de ser atacados a través de la acción de tutela.

La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, partiendo del presupuesto que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada.

Además, el artículo 83 Constitucional consagra que en las actuaciones de las autoridades públicas se presume la buena fe, situación que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional en numerosas sentencias.

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 y no al juez constitucional.(...)”

La Comisión Nacional de Servicio Civil dio contestación en los siguientes términos:

“(...)Sea lo primero señalar que la acción de tutela de conformidad con el desarrollo jurisprudencial es un mecanismo excepcional y subsidiario, naturaleza con fundamento en la cual recae en el operador judicial el deber de determinar que la solicitud de amparo sobre la presunta vulneración o no de derechos fundamentales comprenda dichas características, es decir que el actor(a) no cuente con otros mecanismos para canalizar el reclamo.

Así las cosas, se observa que la acción constitucional promovida por BIENVENIDA GARCIA CORRALES, de conformidad con los presupuestos contenidos en el Decreto 2591 de 1991 deviene en improcedente, porque el tutelante cuenta con otros mecanismos jurídicos para solicitar la expedición de un acto administrativo por medio del cual se le reubique en otro cargo hasta tanto se expida la resolución por medio de la cual se le reconozca la pensión.

Y ese mecanismo jurídico no es otro que el previsto en la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Art. 138 medio de control nulidad y restablecimiento del derecho.(...)”



V. CONSIDERACIONES

5.1 El problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si el ICBF, y la Comisión Nacional del Servicio Civil, han vulnerado el derecho fundamental mínimo vital, salud, vivienda, vida digna, tras ser presuntamente removida de su puesto como profesional universitario con el OPEC 2044, grado 07 en el Centro Zonal del ICBF de Santa Ana, del Departamento Magdalena, el cual ostenta en provisionalidad, por haber sido este cargo postulado como vacante en el concurso de mérito llevado a cabo en el ICBF.

5. 2 PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

6.2.1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA: SUBSIDIARIEDAD.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política.

Para la procedencia de la acción, es necesario, que el afectado, no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley. Pero ha sido enfática la Jurisprudencia Constitucional en señalar que: “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”

El principio de subsidiariedad prevé que la acción de tutela no procederá: “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Pues bien, respecto de los hechos que fundamentan la acción de tutela, debe indicarse que no pierde de vista el Despacho que el artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos.

De manera que consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Ahora bien, se tiene que el actor deprecó la protección de su derecho fundamental al acceso a cargos públicos. Sobre el particular el artículo 40, numeral 7° de nuestra Carta Política señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse”. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad.

En consonancia con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional recalcó en la sentencia T-049 del 11 de febrero de 2019 con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER que “la acción de amparo, en principio, no procede para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, salvo en los siguientes casos:

“- Cuando la persona afectada no tenga 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.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

- 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”.

Frente al tema “Carácter subsidiario e inmediato de la acción de tutela”, expresó la Corte:

(...)

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la 6 Constitución, es el único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho...”

Aunado a lo anterior, frente al punto “Subsistencia del orden jurídico compatible con la Carta”, manifestó La Corte:

“Debe tenerse en cuenta que, como ya lo dijo esta Corte, la Constitución de 1991 no contiene una cláusula por medio de la cual haya sido derogada en bloque la legislación que estaba vigente al momento de su expedición. El artículo 380 se limitó a derogar la Carta de 1886 con todas sus reformas. Es decir, los cambios se produjeron en el nivel constitucional; las demás escalas de la jerarquía normativa siguen vigentes mientras no sean incompatibles con la nueva Constitución (artículo 40 C.N.).

Es claro que las leyes por medio de las cuales han sido establecidas las competencias de los jueces en las diversas materias objeto de su función, los procedimientos previos a las decisiones que adoptan y los recursos que pueden intentarse contra tales decisiones en nada desconocen la preceptiva constitucional y, por el contrario, son desarrollo de las normas contenidas en el Título VIII de la Carta.

En ese orden de ideas, la acción de tutela no puede asumirse como un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor. El entendimiento y la aplicación del artículo 86 de la



Constitución tan solo resultan coherentes y ajustados a los fines que le son propios si se lo armoniza con el sistema.”

6.2.3 LA ACCIÓN DE TUTELA RESPECTO DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

La Corte Constitucional a través de la sentencia SU-691 de 2017, se pronunció en cuanto a la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez cuando lo que se busca es controvertir las actuaciones surtidas en concurso de méritos. En esa providencia, la Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha sido sólida al sostener 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. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.

Ahora bien, de cara a los hechos expuestos en el escrito tutelar se tiene que, la máxima guardiana de la Constitución Nacional, ha discurrido reiteradamente al indicar que, en principio, la acción de tutela no resulte ser el mecanismo judicial por excelencia para enjuiciar actos administrativos o controvertir decisiones que se adopten en el curso de un concurso de méritos para acceder a la oferta de los empleos públicos.

Sobre el particular, se ha insistido que la acción constitucional no resulta procedente como mecanismo principal y definitivo, cuando se procure la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados o amenazados como consecuencia de la expedición de actos administrativos, puesto que, para controvertir la legalidad o los vicios de los mismos ya el legislador estableció la



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

herramienta jurídica ante la Justicia Contenciosa Administrativa en los cuales si se quiere se puede solicitar en la demanda la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos que se consideran lesivos de sus derechos.

Dicha medida provisional debe ser atendida por el Juez de Conocimiento una vez se proceda a impartirle el trámite a la demanda que se adelante con tal fin, por lo que, brinda al administrado una garantía de sus derechos que si bien puede ser utilizada o no por el usuario, se presenta como una alternativa para cesar por lo menos transitoriamente los efectos de los actos administrativos que se presume lesionan los derechos fundamentales del interesado.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos expedido en el curso de una convocatoria pública para ofertar cargos públicos como en el presente asunto, se tiene que la Corte Constitucional ha previsto que por vía de excepción la procedencia de la acción de tutela como mecanismo preferente siempre y cuando una vez valorado el caso particular, se advierte que se configuran las sub reglas decantadas por esa misma Corporación para su viabilidad, ello a pesar de existir otro medio de defensa judicial. Dichas sub-reglas se resumen en la procedencia excepcional de este mecanismo preferente y sumario contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-090 del 26 de febrero de 2013, se pronunció sobre la improcedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptas mediante actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.

En tal sentido, indicó lo siguiente:

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

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar⁴. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”⁵. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño”.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, es claro prima facie, que la acción de tutela por regla general resulta improcedente para dirimir conflictos o controversias legales que surgen con ocasión de la adopción de decisiones o expedición de actos administrativos derivados de proceso de concurso de méritos, puesto que para la solución de este tipo de asuntos, el legislador consagró en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la acción con la pretensión pertinente para garantizar el ejercicio y la protección de dichos derechos.

No obstante, lo anterior, en caso de que el accionante acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela por vía de excepción, se tornaría procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

6.3 Premisas fácticas y conclusiones del Juzgado

6.3.1 Caso Concreto

La señora BIENVENIDA GARCIA CORRALES, presentó tutela contra Comisión Nacional de Servicio Civil, y ICBF, por la presunta vulneración de su derecho fundamental mínimo vital, salud, vivienda, vida digna, tras ser presuntamente ser removida de su puesto como profesional universitario con el OPEC 2044, grado 07 en el Centro Zonal del ICBF de Santa Ana, del Departamento Magdalena, el cual ostenta en provisionalidad, por haber sido este cargo postulado como vacante en el concurso de mérito llevado a cabo en el ICBF.

En cumplimiento a la ordenación impartida por parte del Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto de calenda agosto 24 de 2023, se ordenó la vinculación de la señora YENNY ALEJANDRA QUEVEDO GARCIA, a quien después de varios intentos de búsqueda de la dirección de correo electrónico, dirección física y número de teléfono, el secretario de este despacho informa lo siguiente, "*PROCEDÍ A LLAMAR A LA ACCIONNATE VIA CELULAR QUIEN ME EXPRESA QUE LA SEÑORA QUEVEDO GARCÍA, NO LA CONOCE Y QUE SÓLO SABE QUE NO SE ENCUENTRA TRABAJANDO EN LA SEDE DEL ICBF EN EL MUNICIPIO DE SANTA ANA – MAGD. QUE*



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

SUPUESTAMENTE LA SEÑORA SE ENCUENTRA TRABAJANDO EN EL ICBF DE CHIQUINQUIRA – BOYACA, PROCEDÍ A BUSCAR LOS NUMEROS DE CONTACTO EN WEB DE DICHA ENTIDAD, SIN RESPUESTA AL LLAMADO POR PARTE DE LA ENTIDAD". Posteriormente, se pudo surtir la notificación al buzón aryquevedo@gmail.com, tal como figura en el expediente digital.

Así las cosas, conforme los medios de prueba documentales allegados con las contestaciones, se aprecia:

1. La señora BIENVENIDA GARCIA CORRALES FUE NOMBRADA EN EL CARGO DE PROFESIONAL UNOIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 07 DE LA PLATA GLOBAL DEL ICBF asignada a la Regional Magdalena ubicado en el centro zonal Santa Ana mediante resolución 7766 del 5 de septiembre de 2017
2. La señora BIENVENIDA GARCIA CORRALES tiene una hermana de nombre BERENA DE JESUS GARCIA CORRALES la cual padece antecedentes de SINDROME DE DOWN, presenta pérdida de peso, pérdida de audición.
3. Que a partir de la muerte de su señora madre en calenda 24 de mayo de 2010 la actora es la encargada de cuidar y velar por su hermana.
4. Que mediante acuerdo número 2081 del 21 de septiembre de 2021 la CNSC convocó a concurso de mérito para proveer definitivamente el empleo vacantes de planta de personal del sistema general de carrera administrativa del ICBF y mediante Resolución 2750 der calenda 28 de abril de 2023, tras superar el concurso de mérito se nombró en periodo de prueba a YENNY ALEJANDRA QUEVEDO GARCIA en el cargo profesional universitario 2044-726912 y se terminó el nombramiento en provisionalidad de la señora BIENVENIDA GARCIA CORRALES

En primer lugar, teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales que han sido reiteradas por la Corte Constitucional en principio la acción de tutela no es el medio idóneo y eficaz para controvertir los concursos de méritos, no obstante, la misma Corte Constitucional ha dicho que el Juez Constitucional está en la obligación de revisar el caso concreto con el fin de determinar si puede consumarse un perjuicio irremediable.

Al respecto, resulta diáfano que, tal como lo señalaron las accionadas, la solicitud de amparo adolece del requisito de subsidiaridad toda vez que el reclamante dispone de otros medios de defensa a través de los cuales puede procurar la protección de los derechos fundamentales que estima transgredidos, teniéndose en cuenta que tiene a su disposición los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de los cuales debe ventilarse la controversia planteada por el interesado, que no demostró haber agotado de forma previa.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Todo ello, impide la injerencia del juez constitucional en asuntos de tal linaje pues de lo contrario se desnaturalizaría el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela.

Es menester señalar por parte de este agencia judicial, que de la lectura del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos definitivos, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos transitorios, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.

Aunado a que el amparo tampoco se abre paso como mecanismo transitorio, por cuanto para que se esté en presencia de un perjuicio irremediable, se requiere que el daño revista cierta gravedad e inminencia más allá de lo puramente eventual, y que sólo pueda evitarse con medidas urgentes e impostergables propias de la tutela, situación que no fue alegada y acreditada por el pretensor de la causa.

Así, se encuentra que la eficacia de dar inicio a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido debatida en este tipo de asuntos, pues se ha establecido que las pretensiones dentro del mecanismo ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho podrían extenderse en el tiempo de forma injustificada hasta ser resueltas y que las mismas no garantizaban el acceso al cargo para el cual se concursó; sin embargo, con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011 se concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección a través de medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia y una menor vulneración de derechos.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019 expuso que:



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del “objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”

Teniendo en cuenta que “la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional”, los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18- 002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”.

De suerte que como la acción no cumple con los requisitos generales de procedibilidad, no es posible adentrarse en el estudio de los hechos narrados y la crítica concreta, corolario de lo cual deviene declarar improcedente la petición de tutela por tal motivo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela incoada por la señora BIENVENIDA GARCIA CORRALES en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes el presente fallo por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se sirva publicar en su página web la presente decisión y de esta manera quienes se interesen tengan conocimiento de lo decidido.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

CUARTO: De no ser impugnada esta providencia, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROSALBA ESCORCIA ROMO
JUEZ