



JUZGADO CATORCE (14) PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D.C.

RAD. CUI	1100131009014202300245
JUEZ	AURA ALEXANDRA ROSERO BAQUERO
ACCIONANTE	ALEXANDRA NIETO CHAVES
ACCIONADO	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-,
ASUNTO	SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DERECHOS ALEGADOS	DEBIDO PROCESO Y OTROS

Bogotá D.C., cuatro (04) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver lo pertinente en torno a la demanda de tutela promovida por la **ALEXANDRA NIETO CHAVES**, quien en nombre propio **instauró acción constitucional de tutela** en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC** y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, petición, libre circulación y trabajo, trámite al cual se vinculó al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, a la **NUEVA EPS S.A**, al **HOSPITAL SAN ANDRES DE TUMACO E.S.E.** a la **IPS PUENTE DEL MEDIO SEDE TUMACO**.

Así mismo, mediante auto fechado **27 de septiembre de 2023** este despacho ordenó la vinculación al contradictorio de los terceros interesados en las resultas del mismo que participaron en la Convocatoria 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7, identificado con el OPEC No 136312 OPEC No 136312, a las que hacen parte de la lista de elegibles del mismo y a las personas que a la fecha ostenten en provisionalidad y/o encargo el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7 en el Centro Zonal Tumaco, Regional ICBF Nariño y en el Centro Zonal Tunjuelito de la Regional ICBF Bogotá.

2. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

2.1. Según las motivaciones expuestas por la accionante en su libelo de tutela, se tiene que, al parecer, presenta afectaciones de salud consistentes en epilepsia focal desde los 12 años de edad, por lo cual recibe tratamiento médico por neurología y que debe tomar medicación para contrarrestar sus efectos.

2.2. También expuso que participó en el concurso de méritos para proveer el cargo correspondiente a la OPEC 166312, Profesional Universitario Grado 7- (Psicología), según la convocatoria 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto.

2.3. Afirmó que en fecha 13 de abril de 2023, recibió citación a través del aplicativo SIMO, para efectos de escoger la vacante correspondiente de las 945 ofertadas y que al ingresar a la citada plataforma al día siguiente escogió entre las 113 plazas en la ciudad de Bogotá y 18 del municipio de Soacha.

2.4. Según relató la tutelante, el 26 de abril de 2023, recibió mensaje de datos por medio del cual le informaron que estaba siendo citada a las 11:00 de ese mismo día a la Dirección de Gestión Humana del ICBF con el objeto de que se surtiera la asignación de vacantes para lista de elegibles de quienes no participaron en audiencia de escogencia en la plataforma SIMO, empero que dejó constancia mediante correo electrónico de la fecha en comento si realice el proceso de priorización de vacancias en el aplicativo SIMO en las fechas estipuladas..

2.5. Indicó que, pese a haber realizado la escogencia, no obstante, asistió a la audiencia antes citada por medios electrónicos, en la cual le correspondió por sorteo Centro Zonal Tumaco, Regional Nariño y que ese no correspondía con la vacante objeto de su escogencia, a saber el Centro Zonal Tunjuelito de la Regional ICBF Bogotá.

2.6. También manifestó la accionante que el cargo de su escogencia fue solicitado por otros seis participantes que, no obstante, ocuparon lugares en puestos 247, 250, 299, 307, 308 y 322 en la lista de elegibles.

2.7 Expuso que, en fecha 29 de mayo de 2023 le fue notificada la resolución No. 2075 del 28 de abril de 2023, por medio de la cual fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- identificado con el código OPEC 166312, ubicado en el Municipio de San Andrés de Tumaco pero destacó sus padecimientos médicos consideró que no viable su nombramiento en la mencionada vacante por cuanto su ubicación no cuenta con las especialidades para tratar sus patologías.

2.8. Consideró además que en su caso particular es necesario que se priorice su nombramiento en la ciudad de Bogotá no solo por lo anteriormente expuesto sino por su lugar privilegiado en lista y los padecimientos médicos de su progenitora y de su hermana, de quien aseguró ser la única red de apoyo ante el fallecimiento de su padre y que, si bien en fecha 09 de junio de 2023 aceptó el nombramiento, dejó constancia que ello obedecía la necesidad de conservar su vinculación laboral.

2.9 Como consecuencia de lo anterior, solicitó que por vía de tutela se ordenara a las accionadas que se mantuviera su nombramiento en la ciudad de Bogotá debido a que existen otras vacantes a las cuales han renunciado yo que no han aceptado.

3. TRAMITE DE LA ACCIÓN

Esta acción fue asignada por reparto, vía correo electrónico, el **22 de septiembre de 2023**; al día hábil siguiente se avocó su conocimiento y el 26 de septiembre de 2023, se corrió traslado del escrito de tutela y sus anexos a las entidades accionadas y vinculadas.

Posteriormente, mediante auto fechado **27 de septiembre de 2023** este despacho ordenó la vinculación al contradictorio de los terceros interesados en las resultas del mismo que participaron en la Convocatoria 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7, identificado con el OPEC No 136312 OPEC No 136312, así como a las personas que hacen parte de la lista de elegibles del mismo y a los servidores públicos que, a la fecha, ostenten en provisionalidad y/o encargo el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7 en el Centro Zonal Tumaco, Regional ICBF Nariño y en el Centro Zonal Tunjuelito de la Regional ICBF Bogotá

3.1.-Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA -DAFP

A través de mensaje de datos del 26 de septiembre de 2023, esta entidad vinculada se refirió a las pretensiones de la accionante y expuso su oposición a todas y cada una de las de ellas por cuanto, su agenciada no ha violado ni amenazado derecho fundamental alguno.

Señaló no tener e injerencia ni intervención alguna sobre los hechos argüidos en el contexto de la acción de tutela, por lo que solicitó su desvinculación del presente diligenciamiento por falta de legitimación en la causa por pasiva y declaró que los planteamientos de la accionante tienen relación directa con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-.

Seguidamente se refirió al marco legal de sus funciones y estructura administrativa, de las cuales indicó que la asignación y/o el cambio de plaza de la aquí accionante de cara al nombramiento en periodo de prueba y/o uso de la lista de elegibles producto de la Convocatoria 2149 de 2021 realizado por la CNSC, para la provisión de 945 cargos en la

planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF y la CNSC no hace parte de las mismas.

Adicionalmente indicó que la accionante cuenta con otros mecanismos para garantizar sus derechos y que no encontró evidencia de un perjuicio irremediable en disfavor de aquella por lo que, con base en esto y lo anteriormente relatado deprecó ante esta instancia declarar probadas las excepciones propuestas, concretamente la de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento administrativo de la función pública, dentro de la acción de tutela de la referencia, por ausencia de injerencia alguna de su representada en los hechos que originan la acción de tutela de marras.

HOSPITAL SAN ANDRÉS E.S.E.

A su turno, el agente especial interventor del vinculado **HOSPITAL SAN ANDRÉS E.S.E.**, mediante contradictorio fechado 27 de septiembre de 2023 informó que, en efecto, la accionante impetró solicitud de información ante su representada en relación con la prestación de servicio de salud y atención médica con especialidad en neurología ante lo cual le contestó que solo lo hacía mediante jornadas de salud con la clínica IMBONACO; por lo cual deprecó su desvinculación del presente diligenciamiento y resaltó estar presto a atender a la paciente siempre y cuando así lo autorice su EPS y el servicio esté ofertado en su plataforma.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

se refirió a los fundamentos de la improcedencia de la acción de tutela, al cumplimiento de los requisitos de subsidiaridad y a la figura del perjuicio irremediable. Frente al caso concreto se refirió a los antecedentes del Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF en lo relativo al caso concreto de la accionante

Se resalta de su contradictorio la relación de todas las etapas adelantadas en la antedicha convocatoria, sobre el cual resaltó que el proceso de audiencia pública para la escogencia de vacantes de un empleo ofertado con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas o sedes, se lleva a cabo ante la entidad para la cual se realiza el proceso de selección, con fundamento en las prerrogativas del Acuerdo No. CNSC-0166 de 2020 *"por el cual se establece el procedimiento para las Audiencias Públicas para escogencia de vacante de un empleo con diferentes ubicaciones en la jurisdicción de un municipio, departamento o a nivel nacional"*.

En el caso del sub lite, la audiencia pública realizada por el ICBF, a través del Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, los elegibles que se encontraban en posición de mérito, quienes posteriormente debían en estricto orden de mérito, seleccionar la vacante en de su preferencia para ser nombrados en periodo de prueba, en virtud de lo cual, la accionante debió seleccionar la vacante y posterior a esto el ICBF, tenía la obligación de expedir el acto administrativo para nombrarla en periodo de prueba.

Al revisar sus bases de datos encontró que la accionantes, con posterioridad a los desempates correspondientes quedó ubicada en la posición No. 131 de la Lista conformada mediante Resolución No. 3472 del 25 de marzo de 2023, con base en lo cual debía seleccionar en su orden de preferencia empero, según pudo evidenciar, la pesar de las diferentes comunicaciones enviadas a través del aplicativo SIMO, la accionante no realizó la escogencia en orden de preferencia, conforme a las reglas del Acuerdo No. 0166 de 2020, para el empleo con OPEC No. 166312 y omitió asignar las prioridades que le correspondían, de acuerdo con su ubicación definitiva en la Lista de Elegibles posterior al desempate realizado por el ICBF.

Señaló que, por lo anterior, la señora ALEXANDRA NIETO CHAVES cambió de prioridad del puesto 93 a la 95 y omitió seleccionar la prioridad número 94 de las 131 que le correspondían, en razón de ello, al concluir la audiencia pública, el aplicativo SIMO generó el reporte general con la escogencia o asignación de vacantes, al ICBF para efectuar el nombramiento en período de prueba, según su competencia y la normatividad vigente.

Según indicó esta accionada, ante la antedicha omisión de la accionante, el ICBF debió asignar al postulante una ubicación por sorteo, tal como ocurrió en el presente caso, y que de ello derivó su nombramiento en la Regional ICBF Nariño, Centro Zonal Tumaco del ICBF.

Concluyó sobre el asunto objeto de estudio que la conformación de lista de elegibles, es el acto administrativo en el cual se establece el orden de mérito en que deben ser nombrados los participantes de la correspondiente convocatoria pública, que una vez superado el proceso de selección quedaron en posición de mérito; por lo que en el presente caso, consideró que las actuaciones adelantadas por su representada se encuentran ajustadas a derecho y que, en tal sentido, no existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, y por tales razones, deprecó su desvinculación de la presente acción de tutela o en su defecto negar el amparo constitucional, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-

Por parte de esta entidad vinculada, se tienen como argumentos de su oposición a lo pretendido por la convocante que, una vez finalizada la correspondiente etapa de planeación, entre su representada y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, se suscribió el Acuerdo No. CNSC-2081 del 21 de septiembre de 2020, *"Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021"*.

En el marco de la citada convocatoria, la accionante se inscribió para concursar por el empleo de nivel Profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado con el Código OPEC No. 166312, en la modalidad de concurso abierto por el ICBF, en el cual, luego de las respectivas etapas, ocupó la posición No. 97 con un puntaje de 74,65 en la Lista de Elegibles conformada y adoptada por la CNSC mediante la Resolución No. 3472 del 25 de marzo de 2023, la cual, según planteó, fue elaborada con base en lo dispuesto en el Acuerdo No. 0166 de 2020.

Aclaró que su agenciada llevó a cabo audiencia de Escogencia de Vacante en el aplicativo dispuesto para el efecto por la CNSC y esta última entidad mediante oficio No. 2023RS051658 del 25 de abril de 2023, reportó la elección de cada uno de los elegibles que integran la Lista de Elegibles, en donde se evidenció que la accionante no realizó ninguna elección, según las previsiones normativas contenidas en el Acuerdo No. CNSC-0166 de 2020, adicionado por el Acuerdo No. CNSC-236 del mismo año,

En virtud de lo anterior, el accionado indicó que debió proceder conforme lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5, el 26 de abril de 2023 y realizó el sorteo de las vacantes, de lo cual resultó el nombramiento de la accionante en el Centro Zonal Tumaco.

Destacó que, en virtud del Parágrafo 4 del artículo 8 del Acuerdo 2081 de 2021 los aspirantes que se inscribieron a la convocatoria del sub judge, lo hicieron al empleo y no a sus ubicaciones geográficas y que tal regla la aceptaron con los actos inscripción conforme lo reglamentado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL en garantía al principio del mérito, el derecho a la igualdad y el debido proceso,

Por lo expuesto, consideró que los reclamos o inconformidades por una ubicación geográfica no puede ser objeto de análisis constitucional, por cuanto la asignación de la vacante de la accionante se realizó mediante sorteo, tal como lo dispuso la CNSC por lo que la asignación de la vacante por sorteo, según señaló, se ciñe un procedimiento reglado y no a la voluntad de su entidad, por lo cual, pese a los argumentos de la tutelante, no le es posible realizar una nueva audiencia de escogencia de vacante o asignarle otra vacante

Adicionalmente, consideró que la inconformidad de la accionante recae sobre la decisión contenida en la resolución que ordena su nombramiento, es decir, contra un acto administrativo y que con ello la accionante desconoce que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir actos administrativos, pues para ello se ha dispuesto la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la cual puede pedir medidas cautelares si lo considera pertinente.

Por lo anterior, consideró que a la acción de tutela impetrada por la señora NIETO CHAVES no cumple con el requisito de subsidiariedad para su procedencia y echó de menos la existencia de un perjuicio irremediable en disfavor de la accionante que motive el amparo constitucional deprecado.

NUEVA E.P.S.

Por parte de la entidad promotora de salud vinculada, se allegó al presente diligenciamiento el escrito fechado 27 de septiembre de 2023, por medio del cual informó que la accionante ALEXANDRA NIETO CHAVES registra en sus bases de datos en estado activo en el régimen contributivo.

Indicó, frente al derecho de petición adjunto por la accionada en su demanda de tutela, que este no fue impetrado ante su representada; al tiempo que indicó que no cuenta con evidencia de prescripción médica pendiente de suministrar a la accionante ni omisión en la prestación efectiva del servicio de salud.

Concluyó que no cuenta con la competencia para atender lo que puntualmente pretende la accionante, por lo que señaló falta de legitimación en la causa por pasiva y, por tanto, solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela.

TERCEROS INTERESADOS VINCULADOS

Pese a que, mediante proveído del 27 de septiembre de 2023 el Despacho ordenó la vinculación de los terceros interesados en las resultas de la presente acción constitucional consistentes en i) participantes de la Convocatoria 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7, identificado con el OPEC No 136312 OPEC No 136312, ii) los ciudadanos que hacen parte de la lista de elegibles del mismo y ii) a las personas que a la fecha ostenten en provisionalidad y/o encargo el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7 en el Centro Zonal Tumaco, Regional ICBF Nariño y en el Centro Zonal Tunjuelito de la Regional ICBF Bogotá a quienes se les concedió un término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** para que se pronunciaran frente a las pretensiones del accionante, el mismo venció en silencio sin pronunciamiento alguno de parte de los vinculados.

4. CONSIDERACIONES

4.1. De La Competencia

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 que señala: “Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los **Jueces del Circuito** o con igual categoría.”; en efecto las entidades accionadas cumplen con dicho requisito, por lo que este Despacho es competente para conocer la acción de tutela de primera instancia.

4.2. Problema Jurídico

En el asunto objeto de estudio, el problema jurídico que resulta necesario abordar consiste en determinar: *¿Si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la accionante ALEXANDRA NIETO CHAVES al no nombrarla en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7 en el Centro Zonal Tunjuelito de la Regional ICBF Bogotá, pese a que, según informó ostenta mejor derecho que las personas nombradas en ese mismo cargo y a que además presenta problemas de salud que impiden el nombramiento en el territorio ordenado por el ICBF?*

4.3. Tesis del Despacho

No está llamado a prosperar el amparo, toda vez que el libelo de tutela no logró superar el examen de subsidiariedad, al contar con otros mecanismos idóneos para reclamar el derecho que aduce tener y por no ejercer los precedentes.

Además, la accionante ALEXANDRA NIETO CHAVES no logró demostrar el perjuicio irremediable derivado del eventual nombramiento ordenado por el ICBF en el municipio de Tumaco, Nariño.

4.4. De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo estos, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales se entienden incorporados en el ordenamiento jurídico nacional en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, se avala el mecanismo de acción de tutela en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 8º cuando establece que “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*”, e igualmente el artículo 25 de la Convención América de Derechos Humanos (Pacto de San José).

La acción de tutela responde entonces a las convenciones señaladas, siendo concebida por el constituyente como un mecanismo preferente y sumario para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública o por un particular respecto del cual se halle en estado de indefensión o subordinación.¹

Este amparo constitucional procede únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio efectivo de defensa judicial o cuando existiendo éste, resulta imperativo precaver transitoriamente un perjuicio irremediable e inminente – artículo 86 de la Constitución Política y artículos 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991 -. En ese sentido, se debe entender que la tutela es una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, y tal carácter residual implica que la tutela no está llamada a suplir, *ab initio*, los demás mecanismos judiciales de defensa previstos en el ordenamiento jurídico.

4.5. Legitimación por activa y por pasiva

El artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. Dicha norma establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: **(i) a nombre propio**; (ii) a través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; o (iv) mediante agente oficioso.

En el presente asunto, la señora **ALEXANDRA NIETO CHAVES**, quien actúa en nombre propio, acudió a la acción de amparo *sub examine* y es quien aduce vulneración a sus derechos con ocasión del nombramiento efectuado, mediante **Resolución 2075 del 28 de abril de 2023** en el municipio de Tumaco, departamento de Nariño, por lo que se encuentra **legitimada por activa** y, por su parte, se verificó que efectivamente el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL actuaron en el proceso de convocatoria pública con base en la cual se adoptó la antedicha decisión; en ese sentido están **legitimadas por pasiva**.

4.6. Del requisito de inmediatez

Sea lo primero señalar que la acción de tutela fue concebida por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza excepcional y subsidiaria para la protección de derechos fundamentales, procediendo únicamente ante la carencia de otros medios efectivos de defensa judicial con el mismo objeto o, existiendo estos, fuere necesario evitar, de manera transitoria, un perjuicio irremediable e inminente.

¹ Artículo 86 Constitución Política de Colombia.

En ese sentido, dada su naturaleza extraordinaria, la Corte Constitucional se ha referido a este requisito de procedibilidad de la acción constitucional:

“La jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer que la acción de tutela no se puede presentar en cualquier momento, de lo contrario podría afectar la seguridad jurídica y alterar su esencia como mecanismo de protección inminente. Por este motivo, aunque no hay regla rigurosa y precisa del término para determinar la inmediatez, el juez de tutela debe analizar las circunstancias particulares de cada situación y determinar qué se entiende por plazo razonable caso a caso.[56] En esta medida, la Corte Constitucional ha establecido algunos criterios para este fin: “(i) la diligencia del interesado en la defensa de sus derechos; (ii) la eventual afectación de derechos de terceros; (iii) la estabilidad jurídica; (iv) la complejidad del conflicto; (v) el equilibrio de las cargas procesales y (vi) la existencia de circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta”.

El requisito de plazo razonable en el ejercicio de la acción es fundamental para establecer el carácter apremiante de la situación amenazadora del derecho, porque un retraso excesivo e injustificado permite concluir que ni si quiera el titular de los derechos reconoce la condición de urgencia de su situación, lo cual desvirtúa la urgencia de intervención del juez constitucional y la naturaleza inmediata de la acción de tutela²”.

A su turno, dicho órgano de cierre en materia constitucional, ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial, contado a partir del momento en que se genera la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales, debido a que el requisito de inmediatez tiene como propósito el de preservar la naturaleza de la acción de tutela. Sobre este aspecto, la Corte ha manifestado que no existen reglas estrictas e inflexibles a la hora de determinar la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable.

De acuerdo a lo anterior, es menester recordar, entonces, que el amparo es una acción de aplicación preferente y sumaria, para la efectiva defensa del derecho objeto de violación o amenaza, sin que sea de su naturaleza reemplazar procesos especiales u ordinarios, pues su propósito específico, es brindar a la persona la protección inmediata, efectiva y actual de sus derechos fundamentales, careciendo de sentido que quien padece el quebrantamiento de una garantía valiosa no la reclame oportunamente.

Quiere decir lo anterior, que la inmediatez exige ejercitar la acción de tutela dentro de un plazo razonable y oportuno; de lo contrario se desvirtúa la naturaleza y finalidad de la protección constitucional como garantía de los derechos fundamentales. Sobre este punto la Corte Constitucional ha señalado tres criterios que debe observar el juez para determinar la existencia o no de la inmediatez:

(i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes, de manera que no se evidencia que la misma se ha dejado de ejercer por desidia de quien solicita la protección:

(ii) Si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y,

(iii) Si existe nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados

4.7. Sobre la subsidiariedad

Frente a este importante requisito, demarcado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como máximo colegiado rector de orden constitucional, es preciso destacar, que conforme lo previsto en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela sólo procederá cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial para hacer valer o garantizar sus derechos fundamentales objeto de

² CORTE CONSTITUCIONAL – Sentencia T-032 del 20 de febrero de 2023

conculcación o en riesgo de tal; no obstante, esta prerrogativa puede ceder en aquellos casos en los cuales, pese a contar con el medio de defensa idóneo, este no sea lo suficientemente efectivo para precaver un perjuicio irremediable al libelista.

La Corte Constitucional en reiterados precedentes se ha referido a este requisito esencial, verbigracia:

"2. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución. De igual manera el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo será improcedente "Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

Este Tribunal, desde sus primeras decisiones, ha considerado que el amparo constitucional no fue consagrado para generar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios o especiales, tampoco para modificar las reglas que fijan los ámbitos de competencia de los jueces, mucho menos para crear instancias adicionales "(...) ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos (...)".

En tal sentido, la acción de tutela "(...) permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos". Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

La inobservancia de esta carga procesal instituiría al amparo constitucional como un mecanismo de protección paralelo que concentraría en los jueces de tutela todas las decisiones inherentes a los operadores judiciales ordinarios y especializados de las distintas jurisdicciones, con lo cual se vaciarían sus competencias y se desbordarían las funciones que la Carta estableció en el marco del principio de acceso a la administración de justicia.

13. Bajo ese entendido, la procedibilidad de la acción de tutela se sujeta a las siguientes reglas: (i) como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedencia de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.³"

En ese orden de ideas, la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable el cual se deberá demostrar que es inminente y grave⁴

Al respecto señalo la sentencia SU-458 de 2010:

*"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías **o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional**".*

4.8 Del caso concreto.

En relación al caso concreto, surge evidente que con su demandade tutela, la señora ALEXANDRA NIETO CHAVES pone de presente en el sub lite, su inconformidad con la determinación adoptada en la Resolución 2075 del 28 de abril de 2023, la cual le fue

³ Corte Constitucional - Sentencia T-146 del 02 de abril de 2019 - M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

⁴ Corte Constitucional. Sentencia Sentencia T-547 de 2011

notificada, según afirmó en fecha 29 de mayo de 2023, misma que radica en que el nombramiento dispuesto en el mismo para proveer en carrera administrativa el cargo con denominación "PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7" para ser desempeñado en el Centro Zonal Tumaco de la Regional ICBF Nariño, zona territorial que, según los planteamientos de la accionante, no le permiten continuar con los tratamientos médicos por neurología que requiere para sus patologías derivadas de epilepsia.

La Corte Constitucional ha indicado que si bien la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para atacar los actos administrativos que se profieren en el marco del trámite de los concursos de mérito, por cuanto para ello existe en el ordenamiento las herramientas legales de nulidad y restablecimiento del derecho que se pueden interponer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aclaró que solo en casos puntuales procederá la protección constitucional de manera transitoria, en cuando estas medidas de defensa no sean suficientes para garantizar los derechos del accionante atendiendo las particularidades del caso que se analice en materia de constitucionalidad.

Como tales particularidades, la Corte Constitucional, en su Sentencia T – 340 de 2020, en la cual cita el contenido de la Sentencia T – 059 de 2019 en los siguientes términos:

"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 período 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. (...)" (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, el Alto Colegiado Constitucional, en sus precedentes ha fijado dos aspectos a tener en cuenta para efectos de flexibilizar el requisito de procedencia de la acción de tutela en lo relativo a perjuicio irremediable, entre ellos el siguiente:

"En el artículo 86 de la Constitución Política, el principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado, al precisarse que: "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado, en forma reiterada, que aun cuando la acción constitucional ha sido prevista como un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se presente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Bajo esta línea interpretativa, la Corte ha enfatizado que, en la medida en que el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los raigambre fundamental, la procedencia excepcional del mecanismo de amparo se justifica en razón a la necesidad de preservar las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el propósito de impedir no solo su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto exclusivamente reservado a la acción constitucional, toda vez que el Texto Superior le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), razón por la cual debe entenderse que los diversos medios judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Constitución le reconoció a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás mecanismos de defensa judicial, los cuales se constituyen, entonces, en los instrumentos

a los que deben acudir de manera preferente las personas para lograr la protección de sus derechos.⁵"

Bajo tales premisas, la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, en lo tocante al perjuicio irremediable, al accionante le asiste la carga probatoria de demostrar el mismo, salvo en casos determinados, a saber:

*"Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio **"onus probandi incumbit actori"** que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.*

No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que existen situaciones excepcionales en las que se invierte la carga de la prueba, en virtud de las circunstancias especiales de indefensión en las que se encuentra el peticionario, teniendo la autoridad pública accionada o el particular demandado, el deber de desvirtuarla. Así, se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante hasta tanto no se demuestre lo contrario. Esto sucede por ejemplo en el caso de personas víctimas del desplazamiento forzado^[16], en el que la Corte ha determinado presumir la buena fe e invertir la carga de la prueba en aras de brindarle protección a la persona desplazada. Igual sucede en materia de salud^[17] para el suministro de medicamentos excluidos del POS, en los que se han establecido algunas reglas probatorias, como por ejemplo cuando se afirma carecer de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), situación en la que "se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario⁶".

Así, se tiene que como perjuicio irremediable en desfavor suyo la accionante adujo padecer Epilepsia Focal, y la presunta disminución de calidad de vida al trasladarse al municipio de Tumaco, Departamento de Nariño y la de su núcleo familiar, conformado por su madre y hermanas de quienes también predicó padecimientos de salud; sin embargo, al revisar la documentación aportada por la accionante se echa de menos prueba si quiera sumaria de tales afirmaciones; pues no se allegó historia clínica, órdenes ni conceptos médicos que lo soporten, pese a haber indicado haberlo hecho en la demanda de tutela, por lo que, de acuerdo a las prerrogativas de la Corte Constitucional le asistía demostrar, pues se trata de información reservada a la que no cuentan con acceso las accionadas para efectos de controvertir dicha información, aunado a que la vinculada EPS de la accionante, NUEVA EPS tampoco hizo mención a los padecimientos de la accionante en su contradictorio.

Ahora bien, de acuerdo con la información suministrada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF- y por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, se tiene que, luego de resolver los desempates del proceso de convocatoria pública, entre ellos el de la accionante, esta contaba con la posibilidad de escoger la vacante, de acuerdo al orden de preferencia, empero, según los registros del aplicativo SIMO, la señora NIETO CHAVES no asignó en debida forma las prioridades correspondientes para la vacante; de lo cual es posible inferir que la accionante en este caso, pretende alegar a su favor una omisión que solo le es atribuible a ella, máxime por cuanto no allegó prueba de haber realizado el procedimiento conforme a los requerimientos de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidad en, en cambio, si demostró haber efectuado requerimientos a la accionante para que realizara las asignaciones de preferencia sin actuación alguna de su parte en ese sentido.

Lo pretendido por la accionante contrasta con los lineamientos de la Corte Constitucional según los cuales, en virtud del principio de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, según el cual *"...el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso⁷"*

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL - Sentencia T-318 del 12 de mayo de 2017. M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL - Sentencia T-571 del 04 de septiembre de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL - Sentencia T-122 del 27 de febrero de 2017. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Aunado a lo anterior, nótese como los actos de desempate de los aspirantes, la elección del orden de lista y su nombramiento datan de los meses de marzo y abril de 2023, por lo que llama la atención que la accionante, pese a contar con los recursos de Ley no hubiese ejercido contradicción contra ninguna de las determinaciones en cita de manera oportuna sin que se encuentre justificación alguna para ello.

Para este Despacho es claro, en cambio, que la accionante, con la presente acción de tutela busca pretermitir esas actuaciones y recursos idóneos y procedentes para que se reconozca su derecho a un nombramiento en la ciudad de Bogotá, sin que se cuente con evidencia de un perjuicio irremediable que permita a este despacho, considerar necesario desplazar de manera transitoria las competencias del juez natural, que, para este caso, es el juez de la jurisdicción contencioso administrativa.

Y si bien la accionante, en alcance a su libelo de tutela fechado 29 de septiembre de 2023, aportó documentos que, a su juicio, sustentan la procedencia del amparo constitucional de sus derechos, lo cierto que es distan de tener vocación demostrativa de un perjuicio irremediable, pues se trata, por un lado, de un informe Valoración De Apoyos basado en la Ley 1996 De 2019, emitido por la Secretaría Distrital de Integración Social -SDIS- que textualmente señala losiguiente:

“Los familiares de la persona con discapacidad expresan que optaron por este proceso, para apoyar la toma decisiones relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica sobre el patrimonio, salud, familia y cuidado de CAROLINA NIETO CHAVES para de esta manera poder velar por el cuidado integral del mismo, cumpliendo de la mejor manera su voluntad en la administración de la pensión, también en relación a las posibles decisiones en el ámbito de salud como el pago de cuidadora y procesos médicos. Adicionalmente hacen mención de estar informadas sobre el tránsito de interdicción a la ley 1996 de 2019 de Adjudicación de apoyos” (Subrayas del Despacho),

De lo anterior surge evidente que no le asiste razón a la accionante cuando afirma que su hermana depende de ella y que su traslado podría generar un perjuicio irremediable, pues es claro que la señora CAROLINA NIETO CHAVEZ cuenta con ingresos propios derivados de pensión y que además de ello, sus representantes legales, entre ellos la accionante, están facultadas para, con base en esos ingresos, gestionar el pago de cuidadora y procesos médicos.

En lo referente al fallo de tutela emanado del **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE TÚQUERRES - NARIÑO** fechado el 20 de septiembre de 2023 que aportó con el antedicho alcance, es claro que el mismo no puede ser tomado en cuenta como sustento para garantizar el derecho a la igualdad, pues pese a que se trata de una acción de tutela impetrada en el marco del mismo proceso de convocatoria pública que el suyo, el núcleo de la protección de el citado fallo recae en la garantía al derecho fundamental de petición.

Así, dista el caso de la accionante del que trae a colación puesto que en aquella acción de tutela, la parte actora si aportó capturas de pantalla de su participación en la audiencia pública para selección de plazas y lo que motiva la decisión es la falta de respuesta a las petición de la accionante fechada 7 de mayo de 2023 por la accionante, pues no se aclaró si cumplía o no con lo allí estipulado para la selección de plazas en audiencia pública, conforme a las indicaciones del Manual de Usuario del Ciudadano – SIMO, así como la claridad en la información sobre cuales no cumplió y sobre cuales sí acreditó.

Como se puede apreciar, se trata de un caso imposible de aplicar de manera análoga al caso concreto de la señora ALEXANDRA NIETO CHAVES quien, lejos de pedir una respuesta a sus peticiones en las pretensiones de su demanda de tutela, es contundente en solicitar que su cargo sea ejercido en la ciudad de Bogotá como forma de garantizar sus derechos, presuntamente objeto de conculcación.

En consecuencia, por parte de esta autoridad judicial es claro que la accionante cuenta con otros mecanismos legales idóneos para solicitar la protección a sus derechos; que no logró demostrar la existencia real y cierta de un perjuicio irremediable y que no obró con prontitud al interponer la acción constitucional de marras, pues desde marzo de 2023 aduce tener conocimiento de las alegadas irregularidades en el trámite de la Convocatoria

2149 de 2021, pero no se encuentra explicación a su omisión en interponer los recursos legales dispuestos para controvertir las decisiones emanadas del citado proceso de selección, las cuales, en cambio ha convalidado, al aceptar el nombramiento como lo dispuso el accionado ICBF.

Bajo ese panorama, se declarará improcedente la presente acción de tutela interpuesta por la señora **ALEXANDRA NIETO CHAVES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. **1'033.714.815**, en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-** y de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, a la cual se vinculó oficiosamente al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, A la **NUEVA EPS S.A**, al **HOSPITAL SAN ANDRES DE TUMACO E.S.E. IPS PUENTE DEL MEDIO SEDE TUMACO**, así como a los terceros interesados que se relacionan a continuación:

- i) Participantes de la Convocatoria 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7, identificado con el OPEC No 136312,
- ii) A los participantes que hacen parte de la lista de elegibles de la precitada convocatoria
- iii) Y a las personas que a la fecha ostenten en provisionalidad y/o encargo el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 7 en el Centro Zonal Tumaco, Regional ICBF Nariño y en el Centro Zonal Tunjuelito de la Regional ICBF Bogotá.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CATORCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional promovida por **ALEXANDRA NIETO CHAVES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. **1'033.714.815**, en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-** y de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, a la cual se vinculó oficiosamente al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, A la **NUEVA EPS S.A**, al **HOSPITAL SAN ANDRES DE TUMACO E.S.E. IPS PUENTE DEL MEDIO SEDE TUMACO**, así como a los terceros interesados en las resultas del presente diligenciamiento

SEGUNDO. NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito, según lo previsto por el artículo 30° del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. OFICIAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-** con el objeto de que publiquen en sus respectivas páginas web el presente fallo para conocimiento de los terceros interesados en el mismo para fines de publicidad y p de interposición del recurso de impugnación .

CUARTO. En caso de no ser impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con lo previsto por el artículo 31 del decreto 2591.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AURA ALEXANDRA ROSERO BAQUERO
JUEZ

Firmado Por:
Aura Alexandra Rosero Baquero
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Penal 014 Función De Conocimiento
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **847fd595fc29d6f090355a807627d571647c425cca3904ccc0099edbf443d6e**

Documento generado en 05/10/2023 10:48:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>