



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES
JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO
PARA ADOLESCENTES DE MEDELLÍN**

Radicado	05001311800320200006100
Accionadas	<ul style="list-style-type: none">• INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR• COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
Accionante	<ul style="list-style-type: none">• MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO
Decisión	<ul style="list-style-type: none">• NIEGA TUTELA
Fallo	<ul style="list-style-type: none">• 95

Medellín, veinte (20) de agosto dos mil veinte (2020)

ASUNTO A DECIDIR

En acatamiento al auto emitido el 05 de agosto de 2020 por el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Constitucional, magistrado Ponente: doctor Rafael María Delgado Ortiz, se emite nuevamente sentencia de tutela, en razón de solicitud presentada por la señora **MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO**, titular de la cédula de ciudadanía número 40987994, quien instauró Acción de Tutela de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, para que se conceda la protección a sus derechos fundamentales de DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y TRABAJO, que considera le están siendo vulnerado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con el Art. 1º, numeral 1, inciso segundo, del Decreto reglamentario 1382 de 2000, es competente este Despacho para resolver la presente acción de amparo constitucional.

PRESUPUESTO FÁCTICO

Refirió la demandante que aprobó la convocatoria número 433 de 2016 ofertada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF por medio de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL al cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Grado 11, Código 2044, identificado con la OPEC 39504 y ubicado en el municipio de Medellín - Antioquia.

Adujo la actora que el 25 de junio de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución Nro. 20182230064735, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer (2) vacantes del empleo referido, acto administrativo que tiene vigencia de dos años. En dicha lista la accionante ocupó el puesto número tres con un resultado de 71.11 puntos.

Con posterioridad a la publicación de la convocatoria 433 de 2016 se expidió el decreto 1479 de 2017, mediante el cual se modificó la planta de cargos del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por lo que se crearon vacantes adicionales a las ofertadas y que al parecer fueron suplidas con personas distintas a las que conforman el registro de elegibles, en contravía de las disposiciones legales vigentes, esto es, la ley 1960 de 2019 y el criterio unificado “USO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” expedido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

El 02 de marzo de 2020 la señora MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO presentó derecho de petición ante el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR solicitando información acerca de las vacantes existentes a nivel nacional respecto del cargo Profesional Universitario Nutricionista Dietista, código 2044, grado 11 y similares, que no fueron cubiertos con la convocatoria 433 de 2016; también requirió se le comunicara las vacantes que fueron creadas mediante el decreto 1479 de 2017 para el mismo cargo; además solicitó ser nombrada en la regional Antioquia o subsidiariamente en otra regional.

El 01 de abril de 2020 el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR respondió a la actora el derecho de petición de forma negativa respecto a su nombramiento, argumentando que la entidad no debe ni puede hacer uso de la lista de elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso solo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la Convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC inició con la firma del Acuerdo No 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, a menos que la CNSC disponga algo diferente.

Igualmente aclaró la entidad que los empleos con los que se hará el uso de listas de elegibles, son aquellos que cumplen los criterios de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

En la misma comunicación la entidad accionada informó a la demandante las vacantes definitivas del empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 Rol Nutricionista (provistas en encargo, nombramiento provisional- sin proveer-vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose los creados con el Decreto 1479 de 2017.

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR también dio traslado de la petición a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que mediante comunicación del 30 de marzo de 2020 confirmó la imposibilidad de acceder a nombramiento solicitado por la demandante, manifestando que según el criterio unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019, las listas de elegibles expedidas con antelación 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 – y los que se creen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos. Al momento de emitir la respuesta el ICBF no había solicitado a la CNSC el uso de listas de elegibles para proveer vacantes iguales al cargo número 39504.

Según la actora actualmente el cargo para el cual concursó se encuentra vacante en el municipio de Rionegro Antioquia y cumple con los requisitos para ser nombrada allí, en tanto, surtió positivamente las etapas del concurso de méritos y se encuentra en el puesto tres de la correspondiente lista de elegibles.

Finalmente aduce que la acción de tutela es procedente ante la ineficacia de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

SOLICITUD

Depreca al Despacho, el que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL remita al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR la lista de elegibles vigente para el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, identificado con el código OPEC. NO. 39504 y con base en ello se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR nombrarla en el municipio de Rionegro o en otro municipio que cumpla los mismo requisitos del municipio de Medellín.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela la señora **MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO** allegó:

- Lista de elegibles emitida por la CNSC RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182230064735 DEL 25-06-2018
- Respuesta emitida por la CNSC el 30 de abril de 2020
- Cédula de ciudadanía
- Criterio Unificado Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019
- Derecho de petición remitido al ICBF
- Respuesta del ICBF

VINCULACIÓN

Avocado el conocimiento de la presente Acción de Tutela, se vincularon como sujetos pasivos de la misma al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** por medio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, dando traslado de la demanda y sus anexos por el término de dos (2) días, para que ejercieran el derecho de contradicción y defensa.

De oficio se ordenó vincular a la presente actuación a los Profesionales Universitarios Código 2044 Grado 11 que ostenten el cargo en provisionalidad o encargo de Nutrición y Dietética en las regionales Antioquia, Bogotá, Cauca, Cundinamarca, Huila, La Guajira y Valle, otorgándoles el mismo plazo de dos (2) días para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa, a saber: **OTILIA BERENA DIAZ LOZANO, JOHN FERNANDO GUZMAN UPARELA, CARLOS JAVIER MUNOZ SANCHEZ, CINDY NATALLY DUARTE HINCAPIE, DANIELA ALEJANDRA RODRIGUEZ, OCAMPO, ELIANA MORENO ANGULO, STEFANI KATHERINE MONTES BUSTOS, LAURA PATRICIA HINCAPIE VILLAMIZAR, DORA ALICIA QUIJANO CAMARGO**. La notificación de dichos empleados se surtió por medio del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

En el mismo sentido y en atención al auto emitido el 05 de agosto de 2020 por el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Constitucional¹, se ordenó la vinculación de los participantes de la Convocatoria 433 de 2016, código OPEC 39504. La notificación de estos se adelantó por medio de publicación en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

¹ Magistrado Ponente: doctor Rafael María Delgado Ortiz

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES

En respuesta del 03 de julio de 2020 la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL manifestó que, en el presente caso, no sólo la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, sino que no existe perjuicio irremediable, lo que hace improcedente la acción de tutela.

En el mismo sentido adujo la entidad que en relación con controvertir el uso de listas, los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que las listas de elegibles sólo generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron con base en el número de vacantes ofertadas por empleo. A diferencia, los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les generara el derecho a ser nombrados, le asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

También refirió el apoderado de la entidad que consultada la base de datos se logró constatar que la señora María Cristina Giraldo Soto, identificada con cédula de ciudadanía No. 40987994, concursó en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, para el empleo del nivel Profesional, identificado con el código OPEC No. 39504, denominado Profesional Universitario, código 2044, grado 11, quien agotadas las fases del concurso ocupó la tercera (3) posición, en la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20182230064735 del 25 de junio de 2018, la cual adquirió firmeza el 10 de julio de 2018.

Comoquiera que para el empleo en mención se ofertaron sólo dos (2) vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el empleo, fueron los aspirantes que ocuparon los dos primeros lugares en la lista de elegibles. La señora María Cristina Giraldo Soto, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista.

Frente a la existencia de vacantes creadas con posterioridad para el empleo en comento, manifestó el apoderado que dicha información no ha sido puesta en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil por lo cual de existir tal, habrá de ser suministrada por la Entidad, para lo cual habrá de estarse a lo dispuesto en la circular externa 001 de 2020 cuando dicho reporte requiera proveer vacantes de “mismos empleos” y cuenten con listas vigentes señalando las OPEC que fueron objeto de modificación.

Por otro lado señaló que, en caso de que el ICBF, identifique nuevas vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes del empleo identificado con el código OPEC No. 39504, deberá reportarlas 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 esta Comisión Nacional, para que sean provistos con la Lista de Elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20202320002085 del 13 de enero de 2020.

Con respecto a la pretensión del nombramiento requerido por la demandante sustentó el apoderado judicial que **la aspirante participó** en la Convocatoria No.

433 de 2017 – ICBF, **para un empleo específico, por lo que al momento de conformar la Lista de Elegibles para ese empleo OPEC, se tuvieron en cuenta los puntajes obtenidos en las pruebas por las personas que se inscribieron al mismo empleo, con determinada ubicación geográfica**, pues no puede olvidarse, que al momento de realizar la inscripción el aspirante acató las reglas establecidas en el acuerdo de la convocatoria, el cual en su artículo 14 numeral 3 ordena: “PREINSCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL EMPLEO: El aspirante debe escoger el empleo para el cual va a concursar en la presente Convocatoria, teniendo en cuenta que únicamente podrá inscribirse para un (1) empleo y que debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del mismo. (...)”, así las cosas, no puede la tutelante pretender cambiarlas por el simple hecho de haber sido superada por otro participante. **Hacer una lista general, crearía un daño antijurídico a aquellas personas que no interpusieron tutela, que se encuentran en posibilidad de ser nombradas, y que con una lista general quedarían relegadas en la tabla de posiciones.**

Así las cosas, no puede pretender la accionante que se le incluya en una lista de elegibles de un empleo para el cual no participó en el proceso de selección, dado que esto equivaldría a realizar la Convocatoria de una manera distinta a la establecida en las reglas del concurso, se destruirían los principios de mérito, igualdad, legalidad, transparencia y objetividad que deben aplicarse dentro del concurso para garantizar los principios y derechos de todos los aspirantes, pues no se debe pasar por alto que si llegaren a existir cargos en otras ciudades, también existen aspirantes que se encuentran a la espera de ser nombrados en las nuevas vacantes que surjan.

Finalmente según el representante de la CNSC no hay lugar para acceder al amparo deprecado por la accionante, pues no agotó las acciones ordinarias existentes, es decir, la presente acción no cumple con el requisito de subsidiariedad, de ahí que, no se pueden tutelar derechos fundamentales cuando ni siquiera expuso el litigio ante la jurisdicción competente.

En respuesta del 11 de agosto de 2020 la entidad agregó que no se puede aplicar se forma retroactiva la ley 1960 de 2019, puesto que dicha norma no dispuso tal efecto, al respecto citó que con la expedición del Criterio Unificado la CNSC garantizó los principios de confianza legítima y buena fe de los participantes de la convocatoria, pues allí se indicó que “las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria” esto es, el criterio a tener en cuenta en el trámite de uso de lista de elegibles es el de **“mismos empleos”** y no el concepto de **“equivalente”** introducido en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, dado que la referida ley no tiene efectos retroactivos.

Para el caso concreto definió las diferencias de los conceptos de mismo empleo y empleo equivalente. El “mismo empleo” corresponde a un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos anteriormente, es decir denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes. Frente al empleo equivalente adujo que según lo señalado en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación

básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

También afirmó el apoderado judicial que para que un aspirante pueda formar parte de una lista distinta a la del empleo (OPEC) al que se presentó este debe ser equivalente, situación que no se puede aplicar en el caso particular. Lo anterior pues es indispensable que los resultados de los aspirantes se hayan obtenido con las mismas pruebas, en las mismas condiciones de calificación y con el mismo valor ponderado frente a la nueva OPEC a la que se quiere incorporar su resultado. De no garantizarse estas condiciones, los puntajes entre aspirantes de OPEC distintas no serían comparables entre sí y no habría forma de organizarlos en orden jerárquico, debido a que las listas darían cuenta de méritos que son disímiles.

Finalmente frente a la vigencia de la lista de elegibles de la que hizo parte la demandante informó la CNSC que la misma feneció el 09 de julio de 2020, consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la firmeza de la lista el ICBF no reportó vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, que cumplieran con el criterio de mismos empleos.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista el ICBF, no reportó ante la CNSC acto administrativo en el que se soporte movilidad de la lista, por tanto se presume que no se presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, ni acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro, de quien ocupase posición meritosa de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Asimismo, se corrobora que la señora María Cristina Giraldo Soto ocupó la posición tres (3), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182230064735 del 25 de junio de 2018, en consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritosa en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

En consecuencia, concluye la entidad que la lista de elegibles que integra la accionante no tiene efectos jurídicos en la actualidad, circunstancia que desconoce la accionante, induciendo al error al Juzgador para el amparo de derechos fundamentales que no han sido vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por ende, no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse vigente, así como tampoco vacante que pueda ser provista.

Por su parte en respuestas del 30 de junio y 13 de agosto de 2020 el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR manifestó que la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Lo anterior pues, se publicó la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza hace dos años, se conformó para proveer (2) vacantes, y en dicha lista María Cristina Giraldo Soto ocupó la posición número 3; la actora no cuestiona dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya

efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; 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.

Adicionó el apoderado del ICBF que la entidad no ha incurrido en ninguna actuación vulneratoria 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.

Además de lo anterior la accionante exige 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, específicamente PERFIL Y UBICACIÓN GEOGRÁFICA. Desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC.

Los vinculados OTILIA BERENA DIAZ LOZANO, JOHN FERNANDO GUZMAN UPARELA, CARLOS JAVIER MUNOZ SANCHEZ, CINDY NATALLY DUARTE HINCAPIE, DANIELA ALEJANDRA RODRIGUEZ, OCAMPO, ELIANA MORENO ANGULO, STEFANI KATHERINE MONTES BUSTOS, LAURA PATRICIA HINCAPIE VILLAMIZAR, DORA ALICIA QUIJANO CAMARGO guardaron silencio al requerimiento judicial. Lo propio ocurrió con los participantes de la convocatoria 433 de 2016 OPEC 39504.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue instituida por nuestra Carta Política a través del artículo 86, siendo desarrollado por medio de los Decretos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, para que toda persona, en todo momento y lugar, reclame ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos específicos determinados por el artículo 42 del ya indicado decreto 2591/ 91.

Atendiendo entonces el texto de la demanda, resalta el problema Jurídico que se esboza a continuación:

- ¿Existe vulneración a derechos fundamentales por parte del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** al negarse a nombrar a la accionante en el cargo de Profesional Universitario, código 2044, grado 11, en el municipio de Rionegro regional Antioquia o en otro distinto al que concursó, esto es, el municipio de Medellín?

En relación con el problema jurídico arriba esbozado, considera el Despacho dar una respuesta **negativa**, por las razones que a continuación se exponen:

Antes de entrar a pronunciarse de fondo en el asunto el despacho debe hacer alusión a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Legitimación de la acción

La legitimidad en la causa por activa en el presente caso se cumple, ya que la directamente afectada acudió al mecanismo que le brinda la Constitución para la defensa de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados. De esta forma, el despacho encuentra que la accionante quien actúa en nombre propio, se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela².

Sobre la legitimación por pasiva de la acción, se cumple con el requisito en la medida que las entidades accionadas, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, son las encargadas de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Inmediatez

Respecto del requisito de la inmediatez, el artículo 86 Superior no establece un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela, es la jurisprudencia constitucional la que ha determinado en cada caso en concreto, el período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante hasta la fecha de interposición de la acción. Lo anterior, debido a la finalidad de protección inmediata de derechos fundamentales³.

Aparece demostrado que la petición de nombramiento fue presentada al ICBF el 02 de marzo de 2020, solicitud que resultó negativa y que fundamenta el trámite de la presente actuación. La respuesta de la entidad ocurrió el 01 de abril de 2020 y la acción de tutela se radicó el 01 de julio de 2020, esto es, tres meses después, término que para el despacho resulta razonable en lo que al derecho fundamental de petición se refiere, lo mismo no se puede predicar con respecto a la pretensión de nombramiento en cargo de profesional universitario grado 11, código 2044, pues, la acción de tutela fue remitida a la oficina de apoyo judicial el 30 de junio de 2020, esto es, siete días antes del vencimiento de la lista de elegibles.

También se demostró en el expediente que el 25 de junio de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución Nro. 20182230064735, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer (2) vacantes del empleo referido, acto administrativo que tiene vigencia de dos años y cuya firmeza inició el 10 de julio de 2018; no se informó en el libelo genitor las razones por las cuales la accionante solo inició la solicitud administrativa ante el ICBF el 02 de marzo de 2020, pese a que a lista de elegibles estaba próxima a perder vigencia.

En gracia de discusión, no se solicitó si quiera una medida cautelar con la que se buscara suspender los términos de ejecutoria de la lista de elegibles y este juez constitucional tampoco lo encontró viable.

Subsidiariedad

²El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y en todo lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

³Ver sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

En referencia al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Política establece que dicha acción constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa.

La protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela, en la medida en que la Constitución en el artículo segundo, le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, por lo que se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales incluidos los de carácter fundamental.

Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006, la jurisprudencia constitucional preciso que:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que **aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional**. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior”

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar **“una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”**⁴, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial **alternativo, adicional o complementario** de los establecidos por la ley 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 para controvertir las decisiones que se adopten durante su trámite.

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-460 de 2005, la Corte Constitucional indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el

⁴ Sentencia T-608 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente; debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado: (iii) debe tratarse de un perjuicio grave y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte Constitucional desde la sentencia T-225 de 1993 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior. Las reglas fijadas sobre el particular son las siguientes:

“El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

6.2. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

6.3. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

6.4. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”⁵

Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-956 de 2013.

subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas⁶. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015: *“que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”*.

En este sentido, la Corte Constitucional ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad⁷ o eficacia⁸ para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.

Para este despacho no se cumple el requisito de subsidiariedad obligatorio para la procedencia de la acción de tutela, puesto que, existe un medio de defensa judicial idóneo para exigir la aplicación retroactiva de la ley 1960 de 2019, esto es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el de nulidad simple para atacar el Criterio Unificado de Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019 expedido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, veamos.

Análisis del caso concreto

De acuerdo con lo que aparece probado en el expediente la señora MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO participó en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, para el empleo del nivel Profesional, identificado con el código OPEC No. 39504, denominado Profesional Universitario, código 2044, grado 11, **ubicado en el municipio de Medellín** y ante las existencia de **dos (2) vacantes**; agotadas las fases del concurso ocupó la tercera (3) posición, en la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución No. 20182230064735 del 25 de junio de 2018.

Con posterioridad a la publicación de la convocatoria 433 de 2016 se expidió el decreto 1479 de 2017, mediante el cual se modificó la planta de cargos del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por lo que se crearon vacantes adicionales a las ofertadas y que según la demandante fueron suplidas con personas distintas a las que conforman el registro de elegibles.

⁶ Ver las sentencias T-198 de 2006, T-1038 de 2007, T-992 de 2008, T-866 de 2009, entre otras.

⁷ La Corte ha explicado que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho. Ver entre otras las sentencias SU-961 de 1999, T-589 de 2011 y T-590 de 2011.

⁸ En cuanto a la *eficacia*, este Tribunal ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado. Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2009, T-858 de 2010, T-160 de 2010, T-589 de 2011 y T-590 de 2011.

Para la tutelante ello contraviene la ley 1960 de 2019 la cual dispuso que 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 se cubrirán con la lista de elegibles vigente y en estricto orden de mérito.

Informó la señora MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO que el 02 de marzo de 2020 requirió al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR para que la nombrara en el cargo de Profesional Universitario, código 2044, grado 11, en el municipio de Rionegro - Antioquia o en otro de similares características, en tanto se encontraba en la lista de elegibles vigente para el mismo, en aplicación de la ley 1960 de 2019; esta solicitud resultó negativa, pues según el ICBF la aplicación de la norma en comento no es retroactiva y además la tutelante no cumple con los criterios de unificación de uso de listas de elegibles expedido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, específicamente en lo que se refiere al perfil y ubicación geográfica.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL confirmó la posición del ICBF manifestando que las Listas de Elegibles **se conforman por empleo**, por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y efectuados los nombramientos en período de prueba, no puede reagrupar o integrar listas de orden departamental, menos aún crear “BOLSAS” que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a otra vacante diferente a la que concursó.

Reiteró el apoderado de la entidad que la aspirante participó en la Convocatoria No. 433 de 2017 – ICBF, para un empleo específico, por lo que al momento de conformar la Lista de Elegibles para ese empleo OPEC, se tuvieron en cuenta los puntajes obtenidos en las pruebas por las personas que se inscribieron al mismo empleo, con determinada ubicación geográfica.

No puede olvidarse, que al momento de realizar la inscripción el aspirante acepto las reglas establecidas en el acuerdo de la convocatoria, el cual en su artículo 14 numeral 3 ordena: “PREINSCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL EMPLEO: El aspirante debe escoger el empleo para el cual va a concursar en la presente Convocatoria, teniendo en cuenta que únicamente podrá inscribirse para un (1) empleo y que debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del mismo. (...)”, así las cosas, no puede la tutelante pretender cambiarlas por el simple hecho de haber sido superada por otro participante. Hacer una lista general, crearía un daño antijurídico a aquellas personas que no interpusieron tutela, que se encuentran en posibilidad de ser nombradas, y que con una lista general quedarían relegadas en la tabla de posiciones.

De acuerdo con lo dicho es claro para el despacho que **la señora MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO se inscribió** en la Convocatoria No. 433 de 2016 - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, **a fin de cubrir dos vacantes ubicadas en el municipio de Medellín**, empleo Número OPEC: 39504, Nivel: Profesional Denominación: PROFESIONAL UNIVERSITARIO Grado: 11 Código: 2044. Aunque la demandante superó las etapas del concurso de méritos ocupó el puesto tres en la lista de elegibles por lo que no resultó nombrada en los cargos disponibles y ofertados.

Si bien la ley 1960 de 2019 dispone que para el nombramiento de vacantes que surjan durante y después de la convocatoria en la entidad debe acudir a la lista de elegibles vigente, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

certificó que no existen cargos creados disponibles que atiendan a lo establecido en el Criterio Unificado, sin que la accionante haya aportado medio probatorio alguno que permita establecer la existencia de empleos disponibles para el cargo al que aspiró en la ciudad de Medellín y que en caso de demostrarse excede la órbita de competencia del juez constitucional, pues ello es un asunto propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La señora MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO pretende que se le aplique la lista de elegibles de la que hace parte de una forma general, esto es, no solo en el departamento de Antioquia, sino en todo el país, lo que vulneraría los derechos fundamentales de aquellas personas que conforman esas listas de elegibles y que también se encuentran a la espera de ser nombrados; para esta judicatura es palmario que no se pueden proteger derechos fundamentales desconociendo derechos de otros.

También debe reiterarse que la accionante radicó la presente actuación ad portas de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, esto es, 30 de junio de 2020 y la firmeza del acto administrativo acaeció el 09 de julio de 2020, término mínimo que impedía al juez constitucional adelantar un estudio de fondo del asunto, si es que pudiera declarar la procedencia de la acción de tutela, situación que no se cumple en el particular.

Por otro lado, cuando la demandante se inscribió a la convocatoria se registró a un empleo y no a un cargo, el mismo tiene ubicación en la ciudad de Medellín, no en el municipio de Rionegro u otro similar, pues para estos se ofertaron OPEC diferentes y tuvieron participación de otros ciudadanos con los cuales se conformaron también listas de elegibles específicas para dicho empleo; la pretensión de la demandante desvirtúa las reglas establecidas en el concurso de méritos y escapan a la órbita del juez constitucional, más aún cuando la demandante **cuenta con medios de defensa judicial idóneos**, esto es, los medios de control de nulidad y restablecimiento de derecho y nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, en los cuales tiene **la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares** incluso antes de la admisión de la demanda.

Por lo dicho el Despacho declarará la **IMPROCEDENCIA** del amparo en el caso concreto, en tanto no cumple con los requisitos de procedibilidad, específicamente los principios de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela.

DECISIÓN

En consecuencia, sin que sean necesarias más consideraciones al respecto, el **Juzgado Tercero Penal del Circuito Para Adolescentes de Medellín**, administrando Justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela invocada por la señora **MARIA CRISTINA GIRALDO SOTO**, titular de la cédula de ciudadanía número 40987994, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y otros.

Radicado: 05001311800320200006100

Fallo: 95

SEGUNDO: Contra esta decisión, procede el recurso de impugnación dentro de los tres días siguientes a su notificación.

TERCERO: Envíese la actuación a la Corte Constitucional para la eventual revisión, si este fallo no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUDWING COY BAUTISTA
Juez

Proyectó: SERGIO IGNACIO ALVAREZ