

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA
Ibagué, octubre doce (12) de dos mil veintiuno (2021)**

RADICACIÓN: 73001-31-10-001-2021-00300-00
PROCESO: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA
ACCIONADO: CNSC – ICBF

Se profiere fallo dentro de la presente acción de tutela instaurada por la señora CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA y los vinculados señores YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, YEIMY LORENA VERA PEÑA y JORGE IVAN HURTADO BONILLA en contra de la COMISION NACIONALDEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTARFAMILIAR.

PEDIMENTO DE TUTELA

La accionante señora CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA solicita el amparo de sus derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados por las entidades demandadas, con el fin de que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dar aplicación a los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, con efectos retrospectivos, para que se proceda a efectuar su nombramiento, previo los trámites administrativos para proveer con carácter definitivo los cargos de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ofertados en la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva o con carácter provisional, con estricta observancia del orden del mérito de conformidad con los puntajes obtenidos durante el concurso de méritos, conforme a la lista de elegibles para proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF, o inaplicando en uso de la excepción de inconstitucionalidad, el criterio unificado “Uso de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2020” expedido por la CNSC.

FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA ACCION.

Manifiesta la accionante que se inscribió a la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF, para optar por una vacante del empleo con denominación Defensor de Familia, grado 17, código 2125 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –

con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera - OPEC No. 34339 perteneciente al ICBF Centro Zonal Quibdó. Expresa que con posterioridad a la publicación del acuerdo de convocatoria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017 por el cual se suprimieron cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez creó empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF, y que con relación a dicho decreto el ICBF expidió la Resolución 7746 del 5 de septiembre de 2017, distribuyendo los cargos de Defensor de Familia a nivel nacional en la planta global del ICBF.

Indica que luego de agotado el concurso de méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. CNSC-20182230062295 del 22 de junio de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer seis (6) vacantes del empleo de Defensor de Familia de la Convocatoria N° 433 de 2016-ICBF, ocupando el puesto No. 14 con puntaje definitivo de 72.99, con una vigencia de dos (2) años.

Señala que el 16 de enero de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil adoptó un nuevo criterio unificado sobre uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, y en su lugar dispuso que las listas de elegibles conformadas y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria, pero que no obstante la Comisión en sesión de fecha 22 de septiembre de 2020 aprobó un nuevo Criterio Unificado en el que regula el Uso de Listas de Elegibles para Empleos Equivalentes, contrariando los criterios unificados que le anteceden, abandonando el criterio que solo se podían utilizar las listas para proveer cargos que tengan las características de “mismo empleo” los cuales identificaba con la OPEC para la cual concursó.

Afirma que estando vigente la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC- 20182230062295 del 22 de junio de 2018, radicó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitando el nombramiento en periodo de la prueba para el cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17, entidad que emitió contestación mediante correo electrónico de fecha 29 de abril de 2020 denegando su solicitud, argumentando como tal las disposiciones del Criterio Unificado de Uso de Listas de elegibles del 16 de enero de 2020, relegando tal posibilidad a la existencia de cargos que cumplan con los criterios dispuesto en la OPEC para la cual concursó, por lo que considera que el ICBF se muestra renuente a cubrir las vacantes definitivas existentes en su planta global de personal, vulnerando los derechos de todas las personas que se encuentran en las diversas listas de elegibles, con desacato a innumerables fallos judiciales proferidos en el marco de la convocatoria 433 por casos semejantes, por lo que acude a la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

INTERVENCIÓN DE VINCULADOS EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

La señora YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE se refirió al proceso de la convocatoria, la aprobación de la prueba de reconocimiento y su inclusión en la lista de elegibles, argumentando que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- no efectuaron los trámites necesarios para su nombramiento en aplicación de la Ley 1960 de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004, en uno de los cargos que se crearon con posterioridad a los ofertados en la Convocatoria 433 de 2016 del ICBF, pretendiendo se ordene a la citadas entidades modificar la Resolución 0715 de 2021 y elaborar nueva lista elegibles unificada, en estricto orden de mérito de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en el empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de cada una de las OPECS (Oferta Pública de Empleos de Carrera).

La vinculada YEIMY LORENA VERA PEÑA considera le asiste derechos adquiridos por ocupar la posición No. 65 de la lista de elegibles para optar por la vacante ofertada del empleo identificado con el Código OPEC No. 34772, denominado Defensor de Familia, Código 2125 Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, solicitando se nieguen las pretensiones de la tutela, y en su lugar se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, y al acceso a cargos públicos, por formar parte de la convocatoria No. 433 del 2016.

Por su lado, el señor JORGE IVAN HURTADO BONILLA solicita que las entidades accionadas procedan a dejar sin efectos los actos administrativos que conforman listas de elegibles, y realizar la unificación de las listas incluyendo la del Centro Zonal Quibdó que fue tenida en cuenta como resultado del concurso de méritos de la convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar mediante la Resolución No. 20182230062295 de fecha 22 de junio de 2018, y quien pese a relacionar en su escrito unas pruebas, estas no fueron aportadas.

De otra parte, en lo que hace lugar a la vinculación de la señora YADIRA INES PANDALES MURILLO, se encuentra que hizo parte de la acción constitucional con radicado No. 73-001-31-10-001-2021-00230-00, en la que se negaron las pretensiones de tutela mediante sentencia de fecha septiembre 10 de 2021, configurándose cosa juzgada.

Finalmente, la señora VANESSA EULALIA CUCALON MENA en su intervención manifiesta que es errada de pleno derecho la afirmación realizada por la accionante CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, toda vez que la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC -20182230062295 del 22 de junio de 2018 se encuentra vencida,

teniendo lugar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, en la última vacante existente del Centro Zonal Quibdó del ICBF el día 14 de octubre de 2020, atendiendo a lo ordenado en sentencia de tutela del 22 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó y sentencia del 5 de noviembre de 2020 del Tribunal Contencioso del Choco.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR.

Con intervención del Asesor Jurídico se pronunció frente a la Sentencia T-340 de 2020 que la accionante solicita tener en cuenta como referente para resolver la presente tutela, indicando que los supuestos de hecho de la presente acción son diferentes a los supuestos fácticos que fundamentaron aquella tutela, pues mientras en la tutela usada como referente la lista de elegibles se encontraba vigente al momento de la radicación de la acción, fundamento principal del Juez para otorgar el amparo, **en el presente caso la lista de elegibles está vencida desde el 9 de julio de 2020**, esto es, con anterioridad a la radicación de la acción de tutela que fue el 11 de marzo de 2021.

Manifiesta que si bien la accionante y la vinculada participaron dentro de la Convocatoria 433 de 2016 para el empleo denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, estos empleos no cumplen con los criterios de "mismo empleo" conforme lo ha señalado la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, teniendo en cuenta que los empleos corresponden a diferentes OPEC y por ende a diferente ubicación geográfica.

Señala que el ámbito de aplicación de la tutela se limita a los procesos que se encuentran en trámite y como es sabido la Convocatoria 433 de 2016 no solo no se encuentra en trámite, sino que además la mayoría de las listas de elegibles conformadas con ocasión de esta se encuentran vencidas a la fecha, tal como sucede con la Resolución No. 20182230062295 de fecha 22 de junio de 2018 que conformó la lista de elegibles para el empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, OPEC 34339, en donde figura la accionante CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA en el décimo catorce (14) lugar de elegibilidad, y que en consideración con la inexistencia de vacantes y el vencimiento de la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante, y sobre las cuales coadyuva la vinculada YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, la entidad se encuentra en imposibilidad jurídica de efectuar nombramientos en el empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

Precisa la entidad que la situación de cada una de las accionantes dentro de la convocatoria, contrasta con lo solicitado en la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que la señora YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE se encuentra incluida en la Resolución No. 0715 de 2021 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC en cumplimiento de una orden judicial, ocupa la posición 124 de dicha lista de elegibles, por lo que no se observa vulneración a los derechos impetrados por la vinculada.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

El Asesor Jurídico se pronunció señalando que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016, agotadas las fases del concurso, mediante Resolución No. 20182230071785 del 17 de julio de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de Comisionados del 12 de julio de 2018 como lo instituido en el numeral 12 del artículo 2º del Acuerdo Nro. 0165 de 2020, **estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020**. Manifiesta que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, todavez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista acaeció la pérdida de fuerza ejecutoria, y que durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de 2019”.

PRUEBAS RECAUDADAS:

Allegadas por CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA:

- Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante.
- Copia de registros civiles de nacimiento.
- Acuerdo de convocatoria N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016- Convocatoria 433.
- Acuerdo N° 562 del 05 de enero de 2016.
- Decreto 1479 del 04 de septiembre de 2017
- Resolución Nª 7746 del 05 de septiembre de 2017.
- Criterio unificado “Lista de elegibles en el contexto 1960 del 27 de junio de 2019” del 01 de agosto de 2019.
- Criterio unificado “Lista de elegibles en el contexto 1960 del 27 de junio de 2019” del 16 de enero de 2020.
- Criterio unificado Lista de elegibles para empleos de fecha 22 de

septiembre de 2020.

- Resolución N° CNSC – 20182230062295 del 22 de junio de 2018.
- Comunicación emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de fecha 29 de abril de 2020.
- Fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.
- Sentencia de fecha 7 de octubre de 2020.
- Sentencia de segunda instancia de fecha 18 de agosto 2020.
- Sentencia T-112 A de 2014.
- Documento con No. de radicado 202012110000338811.

Anexos de YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE:

- Copia cédula de ciudadanía
- Escrito de vinculación.
- Copia sentencia del Juzgado Primero del Circuito SIMITI-Bolívar.
- Lista de elegibles.
- Copia Resolución CNSC No. 20182230071785 del 17-07-2018.

Documentos de YADIRA INES PANDALES MURILLO:

- Resolución N° CNSC – 20182230062295 del 22 de junio de 2018.
- Copia cédula de ciudadanía
- Copia sentencia del Juzgado Primero del Circuito SIMITI-Bolívar.
- Copia Sentencia 049 de 2019 – Corte Constitucional
- Copia fallo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena-Sala Penal.
- Copia de la Resolución No. 0715 de 2021 de fecha 36-03-2021.
- Copia Sentencia T340/20.

Pruebas de YEIMY LORENA VERA PEÑA:

- Copia cédula de ciudadanía
- Lista de elegibles.
- Convocatoria No. 433 del 20 de junio de 2016.
- Resolución No. 512 de fecha 3 de marzo de 2021.

Aportadas por VANESSA EULALIA CUCALON MENA:

- Sentencia No. 132 del 22 de septiembre de 2020 del Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó.
- Sentencia No. 231 del 5 de noviembre de 2020 del Tribunal Contencioso de Choco.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Problema jurídico planteado.

Consiste en establecer si es procedente a través de la acción de tutela la modificación de las resoluciones expedidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, para el empleo identificado con el código 2125, grado 17, Defensor de Familia del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con relación al supuesto mismo empleo con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera - OPEC No. 34339 y OPEC 34288.

Precedente constitucional aplicable al asunto - Subsidiaridad de la acción de tutela.

En desarrollo del Art. 86 de la Constitución Política, según el cual la tutela *"... solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*¹, el Art. 6º del Decreto 2591 de 1991 establece que la tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o que en el evento de existir esa otra herramienta de defensa o cuando se pretenda proteger derechos colectivos, será procedente si se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable.

Conforme lo anterior, la acción de tutela es un mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales cuya procedencia está condicionada, en principio, a que el solicitante no cuente con otros medios de defensa. Así lo estableció el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 al decir que *"La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)"*.

Lo anterior se constituye en impedimento para que las personas acudan a la acción de tutela en aras de la resolución favorable a pretensiones diferentes a las de índole constitucional, cuando, como en el caso traído a presente, se omiten los medios o mecanismo de defensa existentes de manera ordinaria. Está claro que una interpretación en tal sentido, contraviene abiertamente la subsidiaridad de que esta revestida la acción de amparo.

¹ Sentencia T- 106 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Solución del caso en concreto.

La accionante señora CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, y los vinculados YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, YEIMY LORENA VERA PEÑA y JORGE IVAN HURTADO BONILLA, por aducir encontrarse en similares situaciones fácticas y jurídicas, acuden al amparo constitucional por considerar que la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar vulneran sus derechos fundamentales, pretendiendo se libre orden de tutela para que las entidades procedan a dejar sin efectos los actos administrativos relacionados con la lista de elegibles, y realizar sus nombramientos en los cargos de Defensor de Familia ofertados en la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF, identificado con el código 2125, grado 17, Defensor de Familia del Sistema General de Carrera del ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva, por guardar relación al mismo empleo de la Oferta Pública de Empleo de Carrera - OPEC No. 34339 de Quibdó, OPEC 34288 de Popayán y OPEC 34772.

Al respecto, como primera medida se manifestó el ICBF señalando que si bien los interesados participaron dentro de la Convocatoria 433 de 2016 para el empleo denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, estos empleos no cumplen con los criterios de "mismo empleo" conforme lo ha señalado la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, teniendo en cuenta que los empleos corresponden a diferentes OPEC y por ende a diferente ubicación geográfica, y como segunda medida, que según lo informa el ICBF, el ámbito de aplicación de la tutela se refiera a la Convocatoria 433 de 2016 que no solamente no se encuentra en trámite, sino que además la mayoría de las listas de elegibles conformadas con ocasión de esta se encuentran **vencidas desde el día 9 de julio de 2020, encontrándose provistos ya los cargos ofertados en las diferentes Ofertas Públicas de Empleo de Carrera.**

Ahora bien, según lo hace saber el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la señora YANETH PATRICIA PATIÑO CONDE fue incluida en la Resolución No. 0715 de 2021 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en cumplimiento de una orden judicial, ocupando la posición 124, señalando la entidad que en consideración al vencimiento de la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, y también la inexistencia de vacantes sobre las cuales se vincula la señora YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, la entidad se encuentra en imposibilidad jurídica de efectuar nombramientos en el empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17; mientras que la señora VANESSA EULALIA CUCALON MENA en su intervención manifiesta tuvo lugar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, en la última vacante existente del Centro Zonal Quibdó del ICBF.

Por su lado la Comisión Nacional del Servicio Civil señala que en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016, mediante Resolución No. 20182230071785 del 17 de julio de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, y que teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de Comisionados del 12 de julio de 2018 como lo instituido en el numeral 12 del artículo segundo del Acuerdo No. 0165 de 2020, dicho listado **estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020**. Resalta la entidad que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista acaeció la pérdida de fuerza ejecutoria, y que durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado conel ICBF, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 *“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de 2019”*.

Como todo lo ilustra, la inconformidad de la accionante y los vinculados en la presente acción constitucional, radica en la normatividad que rige el concurso, y frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, así como respecto de los criterios de unificación de los listados de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los acuerdos del concurso, así como en los distintos actos administrativos expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente a los cuales las concursantes no indican que hayan promovido recurso alguno pendiente de definir por la administración, pretendiendo que por vía de tutela se modifiquen o se dejen sin efectos actos administrativos que se encuentran en firme y de los cuales se presume su legalidad.

Sobre el asunto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha señalado por regla general la improcedencia de la acción de tutela para atacar los actos administrativos en materia de concurso de méritos, señalando:

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

² Sentencia T-090 de 2013 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

“3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado.

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

“La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar”.

Lo antes expuesto conlleva a la improcedencia del amparo de los derechos invocados a través de la acción de tutela, puesto que como lo ha señalado la Corte Constitucional, no es propio de la acción de tutela reemplazar los recursos ordinarios previstos por el legislador, ni desplazar al juez competente, ni mucho menos servir de instancia adicional a las existentes, pues como lo indica el Art. 86 constitucional, el propósito específico de su consagración, dado su carácter subsidiario, es brindar la protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de derechos fundamentales constitucionales, es decir, la tutela no es un mecanismo de defensa judicial o medios para el amparo de un derecho y, no constituye un último medio judicial por el cual sea procedente modificar una convocatoria o las resoluciones expedidas para cubrir vacantes definitivas en el marco de un concurso de méritos, reiterando que acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta *“desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios”*³.

³ Sentencia T-595 de 2007 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

Por otra parte, tampoco es viable de fallar extra-petita para acceder a las pretensiones de los interesados, pues no se observa que del proceso administrativo de la convocatoria 433 de 2016I-CBF, con respecto al empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de la OPEC 34339, OPEC 34288 y OPEC 34772 se determine para la actora y los vinculados en esta acción constitucional la existencia de un perjuicio iusfundamental irremediable, pues no obstante, la informalidad del amparo constitucional, quien pretenda acudir a la tutela, debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, hecho que no acontece en el presente caso y no es factible suponer por el Juzgado, el acaecimiento hipotético para justificar la procedencia la misma. Al efecto de la sentencia T-436 de 2007, es importante destacar:

"En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

"La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en unos distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado "explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión".⁴

Por otro lado, la Corte Constitucional⁵ sostiene que la tutela no es el mecanismo idóneo para debatir temas de expectativa nacional, complejos y susceptibles de diferentes interpretaciones, dado que pueden existir tantas decisiones e interpretaciones, como jueces constitucionales, como es el caso de las distintas decisiones judiciales que se han proferido debido al concurso, por lo que obrar en otro sentido, comprometería la naturaleza misma de un concurso de méritos.

⁴ Sentencia T-290 de 2005 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵ Sentencia T-858 de 2009

Considera la Corte que beneficiar a uno sólo de los concursantes a través de una decisión judicial proferida en el marco de una acción constitucional, desequilibraría la balanza a favor de éste, desconociendo las reglas bajo las cuales fue concebida la convocatoria. De ahí que resulte imposible, por este medio, dejar sin fundamento o variar las condiciones de un concurso de méritos que pretenden por vía de tutela los señores CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, YEIMY LORENA VERA PEÑA y JORGE VAN HURTADO BONILLA, pues al respecto tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil, como los concursantes y el ICBF como entidad nominadora, deben respetar las bases del concurso, así como sus reglas y el cronograma establecido en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF.

Ahora bien, como se informa en la respuesta de tutela, para que un aspirante pueda formar parte de una lista de elegibles distinta a la del empleo (OPEC) por el que concursó, es indispensable que los resultados de los aspirantes se hayan obtenido con las mismas pruebas, en las mismas condiciones de calificación, con el mismo valor ponderado frente a la nueva OPEC a la que se quiere incorporar su resultado y con el mismo grupo de referencia, y área geográfica, *“pues de no garantizarse estas condiciones, los puntajes entre aspirantes de OPEC distintas no serían directamente comparables entre sí, pues se trata de conformar una lista de elegibles a partir de Listas de Elegibles de OPEC diferentes, calificadas con diferentes grupos de referencia, pues se trata de empleos que no resultan iguales con el que se va a proveer, pues pese a que cumplen con las condiciones de “igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia (...)”, no así la de ubicación geográfica, que está prevista en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, complementado el 6 de agosto de los corrientes, el cual, se reitera, está conforme con la normativa vigente sobre la materia, como lo es la Ley 909 de 2004, los Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017 y la Ley 1960 de 2019”*.

En conclusión, la acción de tutela no cumple con los requisitos establecidos jurisprudencialmente para tal efecto, y como se puede determinar, los puestos que finalmente ocuparon los señores CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, YEIMY LORENA VERA PEÑA y JORGE IVAN HURTADO BONILLA, no les dio para ocupar las plazas ofertadas en el concurso de méritos de la OPEC 34339, OPEC 34288 y OPEC 34772 para el cargo denominado Defensor de Familia, código 2125, Grado 17, en el marco de la convocatoria 433 de 2016 – ICBF, y que conforme lo manifiesta el ICBF, en consideración al vencimiento de la lista de elegibles de la cual hace parte los interesados, como también la inexistencia de vacantes, la entidad se encuentra en imposibilidad jurídica de efectuar nombramientos en el empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

Además, indican las entidades accionadas que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó las listas de elegibles **acaeció la pérdida de fuerza ejecutoria**; no admitiendo duda que el asunto espropio de la litis ante la jurisdicción contenciosa administrativa y al Juez de tutela le esté vedado invadir la órbita de competencia de quien resultajuez natural; por tanto, es dable concluir que la acción de tutela resulta improcedente, pues legislación vigente provee los mecanismos procesales adecuados, permitiendo un debate más específico y amplio para controvertir los actos de carácter general que han regulado las diferentes etapas del concurso de méritos, así como los actos administrativos de carácter particular que puedan afectar a la accionante y la vinculada, ya que la acción de tutela por su especial carácter sumarial y residual no está llamado a servir para tal fin.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero de Familia de Ibagué - Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

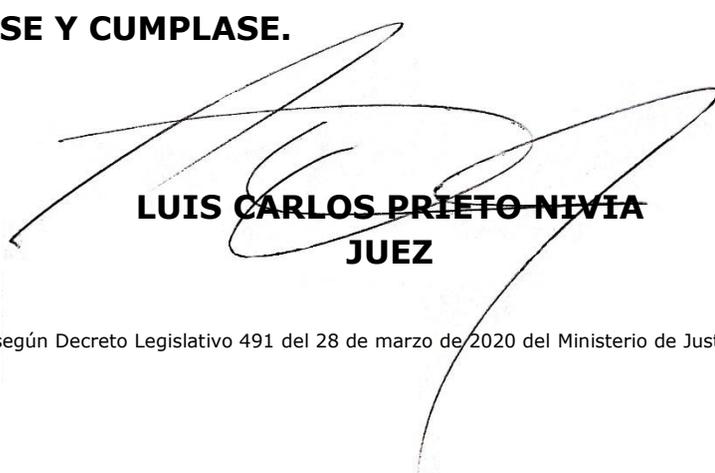
RESUELVE:

PRIMERO.- NO CONCEDER, por improcedente, la acción de tutela instaurada por la señora CLAUDIA ELENA BECHARA MOSQUERA, y conforme la intervención de los vinculados YANETH PATRICIA PATIÑO CAPOTE, YEIMY LORENA VERA PEÑA, JORGE IVAN HURTADO BONILLA y VANESSA EULALIA CUCALON MENA, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DISPONER que si no es impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, mediante comunicación dirigida al correo institucional j01fctoiba@cendoj.ramajudicial.gov.co, se remita en debida oportunidad copia del expediente digital a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo de tutela. Ofíciase.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE por el medio más expedito, anexando copia de esta decisión. Líbrense las comunicaciones pertinentes. Déjese en archivo digital expediente de todo lo actuado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.


LUIS CARLOS PRIETO NIVIA
JUEZ