



**JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON
FUNCION DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA**

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2.020).

FALLO DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RAD. 130013118001 **2020 00028 00**
ACCIONANTE: SUGEY IOVANA OSORIO CAMARGO.
ACCIONADOS: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF Y
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Se resuelve, en primera instancia la acción de tutela Instaurada por **SUGEY IOVANA OSORIO CAMARGO** – nombre propio -, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC-**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso al empleo público.

ANTECEDENTES

La actora manifestó que se inscribió como participante en la convocatoria 433 de 2016- OPEC 34243, realizada por la CNSC para proveer de manera definitiva doce (12) cargos de Defensor de Familia código 21- grado 17, de la planta de personal del ICBF.

Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, a través de la Resolución CNSC-20192230050135 del 13 de mayo de 2019, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL conformó la lista de elegibles para el cargo en cuestión, quedando en el puesto No. 17; que como el participante que ocupó el puesto No. 1 no acepto el cargo, por tal razón la lista se corrió y fueron nombrados en el referido cargo de Defensor de Familia hasta el No. 13 de la misma.

Que mediante el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 el Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS, aprobó la creación de 3.737 empleos, de carácter permanente en el ICBF, los cuales se distribuyeron mediante Resolución No, 7746 del 5 de Septiembre de 2017, creando 328 cargos de Defensores de Familia, código 2125, Grado 17, es decir, la misma denominación, código y grado de la OPEC 34243 de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF. Para el departamento de Bolívar, se crearon ocho (8) cargos de los cuales 4 son de Cartagena, los cuales se encuentran en vacancia definitiva.

Que el ICBF, el 26 de diciembre de 2017, mediante las resoluciones No. 13643 y 13652 otorgó en encargo dos empleos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 en carrera administrativa y que, en Resolución 9657 del 23 de Octubre de 2019 se ordenó el retiro del servicio a la señora ROSARIO TOMAYO, titular de un cargo de igual

especificación, por reunir los requisitos para disfrutar de pensión, quedando evidenciado que existen empleos vacantes en forma definitiva del empleo público al cual aspiro la accionante.

Que de acuerdo a la Ley 1960 de 2019 – por la cual se modificó la Ley 909 de 2004 - y la jurisprudencia existente sobre el asunto (la cual cita en el cuerpo de la tutela), las vacantes que se generen con cargos iguales con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha normativa, deberán ser suplidas por los participantes de convocatorias anteriores que no hayan sido nombrados, de acuerdo al orden de la lista de elegibles.

Solicitó, en consecuencia se ordene al ICBF el reporte de las vacantes definitivas de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 que se encuentran en la ciudad de Cartagena iguales a las ofertadas en la OPEC 34243 o que proceda con la actualización del SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegible conformada mediante Resolución No. CNSC20192230050135 del 13 de mayo de 2019, para el empleo referenciado, el cual fue ofertado mediante convocatoria 433 de 2016 – ICBF y que proceda con los trámites administrativos correspondientes para efectuar el nombramiento y posesión de los que ocuparon los puestos 14, 15, 16 y 17 en la misma.

ACTUACION PROCESAL

Recibida la demanda de tutela, el pasado 9 de junio se admitió al considerarse que había sido presentada con el lleno de los requisitos legales, solicitándole a las entidades demandadas que rindieran informe de todo lo relacionado con los hechos expuestos en esta acción constitucional y las pruebas que tenían en su poder y quisieran hacer valer, de igual modo se ordenó la vinculación a este trámite de todos los terceros con interés legítimo que pudieran verse afectados con la decisión que resuelva esta acción de tutela; para tal fin, se ordenó a CNSC y al ICBF, que publicara en su página web copia del traslado y todas las decisiones que se desprendan de esta actuación, para que los aspirantes admitidos en la convocatoria No. 433 de 2016 se enteren de la misma.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

- **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** rindió el informe requerido, solicitando que se declare improcedente esta acción de tutela, como quiera que la misma carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante no es excepcional, precisando en ultimas que la censura que hace puede ser ventilada mediante otro mecanismo de defensa idóneo para controvertir los actos administrativos de carácter particular, y que, atendiendo que, en esta oportunidad, la accionante no demostró la existencia o posible consumación de un perjuicio irremediable, se reitera la improcedencia de este mecanismo.

Que “ frente a la posibilidad de utilizar las listas de elegibles en empleos cuya vacancia definitiva surgió con posterioridad a la aprobación del acuerdo de la Convocatoria de su interés, que dicha provisión podrá hacerse sólo para empleos iguales⁸ y previa solicitud

expresa por parte de la entidad, quien además deberá apropiar y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014. De acuerdo con ello, la Entidad nominadora deberá realizar la solicitud mediante oficio a la CNSC, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta Nro. 20191000000117 del 29 de julio de 2019."

Por último, informó que no existe solicitud del ICBF que pretenda el uso de la lista de elegibles a la que hace alusión la actora, reiterando la improcedencia de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

- EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, en el informe rendido sobre los hechos que motivaron esta acción, solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción, como quiera que la accionante no ha agotado los mecanismos con los cuales cuenta para atacar el acto administrativo de carácter general que - para la entidad - es el que genera su inconformismo, este es, el 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.

Concluyó diciendo que, surtido el procedimiento establecido por la Comisión, el ICBF encontró que la accionante exige su nombramiento en un cargo para el que es procedente solicitar el uso de la lista de elegibles, lo cual ya se llevó a cabo y se encuentra a la espera de que la CNSC la autorice, realizando las gestiones necesarias para acatar la norma y la directriz dada en el "Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, sin que pueda afirmarse que haya vulnerado o puesto en peligro algún derecho fundamental de la accionante.

- Las ciudadanas **DINA MARGARITA RUÍZ MARTÍNEZ, MARIA ELVIRA SALCEDO CARRILLO y ANA MARCELA SERJE OCHOA**, vinculadas como terceras con interés en esta actuación, rindieron informe sobre los hechos objeto de tutela argumentando que la solicitud de la accionante tendiente a que el ICBF haga uso de la lista de elegibles para una vacante que no fue ofertada en la Convocatoria 433 de 2016 ICBF carece de fundamento, toda vez que antes de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, el Decreto 1894 de 2012 (norma vigente aplicable a la Convocatoria 433 de 2016) dispuso que no puede llevarse a cabo el uso de listas para la provisión de empleos que no fueron ofertados en el correspondiente proceso de selección.

Comulgando con lo anterior, aducen que sus nombramientos en provisionalidad para ocupar las vacantes de los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017 es legítimo, considerando que los mismos se llevaron a cabo de acuerdo a lo previsto para encargos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, por tal razón, la provisión definitiva de estas vacantes solo se producirá con un nuevo concurso de méritos - proceso que aún no se ha adelantado - ya que, reitera, los empleos que desempeñan en provisionalidad no formaron parte de los 2470 empleos vacantes ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016 y, además, en la página web de la CNSC ya está anunciado el concurso que los proveerá.

En tal sentido, solicitan la improcedencia de la acción de tutela promovida por la señora OSORIO CAMARGO, toda vez que con ella se genera un perjuicio a los derechos fundamentales de los Defensores de Familia que desempeñan los referidos empleos en provisionalidad ya que se aplicaría de forma retroactiva la Ley 1960 de 2019.

CONSIDERESE PARA RESOLVER

Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, en primera instancia, de acuerdo con lo establecido en el Art. 86 de la carta constitucional, los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

Problema Jurídico.

¿Vulneran la CNSC y el ICBF, los derechos fundamentales invocados por la accionante, por haber suplido en provisionalidad, las vacantes de empleo del cargo de Defensor de Familia, sin previamente haber solicitado la lista de elegibles adiada en la Resolución No. CNSC20192230050135 del 13 de mayo de 2019, en el marco del proceso de selección de la convocatoria 433 de 2016, tal como lo prevé la Ley 1960 de 2019 – por la cual se modificó la Ley 909 de 2004 -, la jurisprudencia existente y las circulares emitidas por la CNSC sobre la materia en cuestión (las cuales cita en el cuerpo de la tutela)?.

Tesis del Despacho.

Al no vislumbrarse los requisitos que hacen viable el estudio de las actuaciones llevadas a cabo en el desarrollo de los concursos de méritos, como quiera que la señora OSORIO CAMARGO no aportó prueba siquiera sumaria, que demostrara la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable que, en todo caso, habilitaría a esta falladora para entrar a debatir cuestiones propias de la competencia de los jueces administrativos y de lo contencioso administrativo, se declarara improcedente el amparo constitucional deprecado por la misma, máxime si se tiene en cuenta que, en dicha jurisdicción existen medidas previas o cautelares que podrían asegurar la eficacia y celeridad de lo que se pretende por esta vía.

Marco Legal Y Jurisprudencial.

La tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano. La Constitución Nacional en su artículo 86 dispuso que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa.

Sea lo primero señalar que ha sido prolija la Jurisprudencia Constitucional en

manifestar que una de las particularidades más representativas de la acción de tutela radica en su carácter residual y subsidiario. Por tanto, esta herramienta constitucional no tiene procedencia como mecanismo alternativo de defensa judicial y no puede transformarse en un elemento supletorio al cual se puede recurrir cuando no se ejercieron los medios de defensa ordinarios en forma oportuna o cuando fueron utilizados extemporáneamente, para lograr una decisión más celera sin agotar en forma previa las instancias ordinarias en la Jurisdicción que corresponda. Sobre el particular, la Corte Constitucional manifestó:

“(...) La naturaleza del conflicto determina el procedimiento judicial y por tanto la acción a impetrarse. Limitaciones de la Acción de Tutela. El otro medio de defensa judicial consagrado por el legislador no puede ser suplantado por la tutela salvo en casos excepcionales.

Los diferentes ordenamientos jurídicos-civil, penal, laboral, administrativo, y constitucional, entre otros- tienen sus reglas o procedimientos establecidos en la ley, los cuales no sólo deben ser acatados por la autoridad investida de la facultad de administrar justicia, sino por las partes en conflicto. Estas normas buscan promover la armonía y el respeto entre los miembros de la comunidad y procuran, en los términos de ley, dar una solución a las pretensiones sometidas a consideración de la autoridad respectiva.

Por ello cuando una persona natural o jurídica acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico, y pretender, a través del ejercicio de otra acción, una pronta resolución del conflicto planteado . (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, ese Máximo Tribunal Constitucional ha señalado que:

“En efecto, la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomará el lugar de las otras jurisdicciones (...).” (Subrayado fuera del texto).

Entonces, tal y como lo ha sostenido esa Judicatura, la acción de tutela fue concebida como un mecanismo residual pues ella solo tiene cabida en la medida en que el presunto perjudicado no cuente con otro mecanismo de defensa, entendiendo por tal, la existencia de un proceso, recursos, excepciones o cualquier vía legalmente instituida que le permita la protección del derecho que en su concepto se le conculca, a menos que debido a razones extraordinarias el Juez de Tutela observe que los otros medios judiciales no se tornan como eficaces para la salvaguarda de los derechos fundamentales solicitados.

En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela para dirimir asuntos referentes a los concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha explicado:

*“Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, **dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones***

constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.

(...)

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional"¹(Negritas y subrayas son mías).

Caso Concreto.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se advierte que la demandante, cumplidas las etapas del proceso de selección, para proveer 12 vacantes disponibles de la OPEC 34243 de Defensor de Familia código 2125 grado 17, ofertado en la convocatoria 433 de 2016 para suplir de forma definitiva la planta de personal del ICBF -, a través de la Resolución CNSC-20192230050135 del 13 de mayo de 2019, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL conformó la lista de elegibles para el cargo en cuestión, quedando en el puesto No. 17.-

Así mismo, se observa que - atendiendo que el participante que obtuvo el lugar No. 1 en el proceso de selección desistió -, a través de la Resolución CNSC-20192230050135 del 13 de mayo de 2019, nombró en el cargo a los ciudadanos que ocuparon los Nos. 2 hasta el 13 del referido listado.

Por otro lado, se tiene que la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones", el Criterio Unificado de Uso de Listas (anexo 6 aportado por la CNSC) y con lo dispuesto Circular Externa 001 de 2020, "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedara así: ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: (..) 4 con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley."

La actora centra su inconformismo en que, el ICBF suplió mediante nombramientos en provisionalidad los empleos vacantes de Defensor de Familia que se crearon por el Decreto 1479 de 2017, que guardan identidad con los ofertados mediante convocatoria 433 de 2016, nombramientos que se presentaron con posterioridad a la conformación de la lista de elegibles que se emitió mediante Resolución CNSC-20192230050135 del 13 de mayo de 2019 – es decir, después de la promulgación de

¹ Corte constitucional T-441 de 2017

la prenombrada Ley -, sin haber solicitado previamente, tal como lo disponen la norma y la circular en cuestión, la asignación de esos cargos a los participantes que ocuparon los puestos 14 y subsiguientes en la lista de elegibles dada en virtud del proceso de selección de la aludida convocatoria.

En este sentido, pretende la actora que sea el juez constitucional quien decida sobre la legalidad de dichos nombramientos, realizados por el ICBF para suplir los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017, y así mismo, ordene a la referida entidad, que de aplicación al criterio unificado sobre las listas de elegibles conforme a lo establecido en la ley 1960 del 27 de junio de 2019, proferido por la CNSC el 1 de agosto de 2019 y se le ordene reportar las vacantes definitivas de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 que se encuentran en la ciudad de Cartagena iguales a las ofertadas en la OPEC 34243 o que proceda con la actualización del SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegible conformada mediante Resolución No. CNSC20192230050135 del 13 de mayo de 2019, para el lleno de los empleos en cuestión.

Sea la oportunidad para aclarar que, si bien en el informe allegado al correo institucional de este Despacho por el ICBF, la entidad demostró haber dado cumplimiento a la Ley y circular referidas, y en consecuencia, solicitó a la CNSC - mediante los oficios No. 202012110000092881 de fecha 15 de abril 2020 (radicado en la CNSC mediante oficio 20203200491422 de fecha 20 abril de 2020) -, el uso de la lista de elegibles para proveer las vacantes DEFINITIVAS que cumplen las condiciones del criterio unificado expedido por la CNSC, lo que supondría un hecho superado en cuanto a las pretensiones de la señora OSORIO CAMARGO, lo cierto es que la presente actuación constitucional resulta improcedente, toda vez que los hechos descritos en el libelo tutelar que representan el inconformismo de la misma, atendiendo la subsidiariedad que se predica de la acción de tutela, deben ser ventilados, en todo caso, ante la jurisdicción administrativa y de lo contencioso administrativo, máxime, si no se demostró por parte de aquella la ocurrencia de un perjuicio irremediable que habilite a esta falladora para entrar a resolver con premura cuestiones propias del Juez competente para conocer la situación.

En este contexto, salvo mejor proveer la discusión planteada en esta oportunidad escapa del escenario constitucional, pues ciertamente lo que se reclama, se reitera, puede perfectamente ser debatido ante el juez contencioso administrativo, entendiendo que el accionante cuenta con las acciones propias de esa jurisdicción.

La jurisprudencia constitucional ha advertido en casos que guardan simetría con el que nos ocupa, que la acción de tutela por regla general es improcedente, a menos que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, o que existiendo otros medios de defensa judicial, los mismos se tornen ineficaces, lo que para el particular no se encuentra debidamente acreditado, pues cierto es que, mediante los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, acompañados con la solicitud de suspensión provisional, se puede lograr que se suspendan los referidos nombramientos en provisionalidad y se decida sobre lo que corresponda al caso concreto, luego entonces, no debe ser la acción de tutela el instrumento primario para obtener tal pretensión.

Bajo tales supuestos, resulta diáfano, que en el *sub judice* no se verifica ninguno de los supuestos excepcionales fijados por la Corte Constitucional, toda vez que, como se dijo, no se demostró la posible consumación de un perjuicio irremediable, ni aun de las pruebas allegadas se sustrae la ocurrencia del mismo. Además, con lo dicho en párrafos anteriores se evidenció que los medios de defensa judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa, se tornan eficaces.

Aunado a lo anterior, es claro que en un proceso judicial el debate planteado por la actora puede ser resuelto de mejor forma, atendiendo a los amplios periodos probatorios, comparados con el término inmediato que tiene la acción de tutela, proceso en el que además se pueden practicar las medidas cautelares necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En este orden de ideas, se considera que la accionante debe acudir a las acciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para debatir los actos con los que se encuentra inconforme con ocasión al concurso de méritos o convocatoria 433 de 2016 y los nombramientos en provisionalidad hechos por el ICBF para suplir la vacantes de empleo de Defensor de Familia de su planta de personal, pues tal y como se explicó, en esta ocasión no se acreditaron los supuestos excepcionales que tornan procedente este mecanismo preferente y sumario.

Entonces, y sin que sean necesarias disertaciones adicionales, se declarará improcedente el amparo solicitado, al advertirse que en efecto, la actora no sólo cuentan con los medios de control de la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir los asuntos planteados en sede constitucional, sino que además tales medios de defensa para el caso se tornan eficaces.

En mérito de lo expuesto, este **JUZGADO PENAL DE CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CARTAGENA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela Instaurada por SUGEY IOVANA OSORIO CAMARGO, quien actuó en nombre propio, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a las entidades accionadas que, procedan a publicar en su página web la presente decisión, para que queden notificados de la misma, tanto los que conforman la lista de elegible, que resultó de la convocatoria No. 433 de 2016, específicamente la OPEC 34243, como los nombrados en provisionalidad.-

TERCERO: NOTIFICAR la decisión a las partes, por el medio más expedito y eficaz, haciéndoles saber que el mismo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación.

CUARTO: ENVÍAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARUJA ESTHER JOTTY MARTINEZ
JUEZA

BBV