



JUZGADO 12 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., 25 de agosto de 2023

Fallo acción de tutela: 11001-31-09-012-2023-0151

Accionante: Luz Elena Soto Soto con apoderado judicial la Dra. Lilian Margarita Vergara Gómez

Accionada: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Comisión Nacional del Servicio Civil

Vinculados: Lista de Elegibles para el cargo de profesional universitario código 2044 grado 07 Opec 16632 de la planta del ICBF

Derechos invocados: Fuero Laboral

Decisión: Niega

I. MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde al Despacho pronunciarse, en torno a la acción de tutela instaurada por Luz Elena Soto Soto con apoderado judicial la Dra. Lilian Margarita Vergara Gómez contra. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Comisión Nacional del Servicio Civil y vinculados Lista de Elegibles para el cargo de profesional universitario código 2044 grado 07 Opec 16632 de la planta del ICBF ante la presunta vulneración de su derecho fundamental de estabilidad laboral reforzada.

II. PARTE ACCIONANTE

La solicitud de tutela que fue presentada por Luz Elena Soto Soto con apoderado judicial la Dra. Lilian Margarita Vergara

Gómez, quien en el libelo de la demanda consignó bajo la gravedad de juramento, la ausencia de paralelismos con esta demanda.

III. ACCIONADA

La acción se dirigió en contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Comisión Nacional del Servicio Civil.

Vinculados

Lista de Elegibles para el cargo de profesional universitario código 2044 grado 07 Opec 16632 de la planta del ICBF

IV. SITUACIÓN FÁCTICA

“PRIMERO: La señora LUZ ELENA SOTO SOTO, fue vinculada mediante resolución 8885 del 28 de octubre de 2015 en el cargo de Profesional Universitario código 2044 Grado 3, ejerciendo el cargo desde el 4 de noviembre del 2015 hasta la fecha, en calidad de provisional, SEGUNDO: El día 16 de febrero del 2023 mi poderdante realiza una solicitud de protección laboral reforzada por fuero de madre cabeza de familia ante el departamento de gestión humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, anexando las pruebas pertinentes TERCERO: El día 30 de marzo del 2023 la Señora LUZ ELENA SOTO SOTO, recibe un correo electrónico del Departamento de Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante el cual no le concede el beneficio por no cumplir con los requisitos para ser beneficiaria del fuero solicitado CUARTO: La señora LUZ ELENA SOTO SOTO tiene bajo su responsabilidad económica, educativa y de total cuidado personal a sus hijos de 10 y 21 años. QUINTO: La señora LUZ ELENA SOTO SOTO, tiene la calidad de madre cabeza de familia, ya que su núcleo familiar se vería totalmente afectado si no es reconocido este fuero. SEXO: Las condiciones especiales de estabilidad laboral reforzada están protegidas por normas constitucionales, que tienen mayor valor que los concursos de méritos, por cuanto se trata de derechos fundamentales que deben ser protegidos, de lo que se desprende, que los cargos con estas características no deben ser ofertados en los concursos de méritos, y de haberlo hecho, deber excluirse las respectivas posiciones de las respectivas listas de elegibles. SEPTIMO: La señora LUZ ELENA SOTO SOTO, me ha conferido poder para tramitar esta acción.”

V. ACTUACIÓN PROCESAL PREVIA

En cumplimiento de lo Ordenado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, se dispuso 11 de agosto de 2023, admitir la acción de tutela en la que se ordenó notificar a las accionadas y vincular.

VI. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

6.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

“La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, firmaron el Acuerdo No CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto en el ICBF” con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 3.792 empleos vacantes que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa, denominada Convocatoria No. 2149 de 2021, el cual se encuentra en la etapa de nombramiento de los aspirantes que ganaron el concurso. El empleo de Profesional Universitario, Grado 7, que ocupa en provisionalidad la accionante fue ofertado en la Convocatoria No. 2149 de 2021 y cuya lista de elegibles ya fue publicada y una vez en firme, se procederá con los respectivos nombramientos en periodo de prueba. En ese sentido, la accionante en aras de que sean amparados sus derechos, solicita mediante acción constitucional la continuidad en el cargo que ostenta en provisionalidad, dada la garantía de estabilidad laboral por su condición de madre cabeza de familia. En particular, la petición de estabilidad laboral reforzada elevadas por la accionante se encuentra dentro del grupo al que se dio respuesta mediante radicado número No. No. 202312100000056931 del 10 de marzo de 2023, en éste se expuso el marco jurídico que regula cada una de las estabilidades laborales reforzadas y fundamento de derecho de la respuesta adoptada para el caso particular, así mismo se adjuntó un archivo en Excel en el que se observa identificado por el número de cédula de cada peticionario, el tipo de estabilidad solicitada y se detalla si se niega o reconoce la misma.

Para el caso que nos ocupa, como demostró en precedencia, no existe un hecho generador de la presunta afectación a los derechos fundamentales invocados por la parte accionante frente a este Instituto, en consecuencia, al no existir vulneración o amenaza a garantía fundamental alguna se solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela, ya que como se demostró en precedencia, de un lado el ICBF se encuentra ante una imposibilidad jurídica y material para garantizar la continuidad del vínculo legal y reglamentario de la accionante, y de otro lado porque ante esa imposibilidad, se han desplegado las acciones afirmativas tendientes a garantizar la estabilidad laboral reforzada. En conclusión, conviene destacar que la acción de tutela no ha sido en este caso utilizada de manera razonable ni ajustada a una real necesidad de protección de derechos fundamentales, por cuanto como se indicó no existe acción u omisión del ICBF que genere vulneración alguna.

De esta manera, el uso indiscriminado de este mecanismo judicial excepcional desvirtúa su finalidad y genera un desgaste innecesario tanto del aparato judicial del país, como de la administración, que dentro de los parámetros que la ley impone atendió las peticiones que fueron presentadas por la parte accionante. Con base en lo expuesto se solicita respetuosamente al señor juez: III. SOLICITUD PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE FRENTE AL ICBF, la acción de tutela interpuesta LUZ ELENA SOTO SOTO ante la INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN y el incumplimiento del requisito de SUBSIDIARIEDAD”

6.2 Comisión Nacional del Servicio Civil

“ Sobre la inscripción de la accionante en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021 - ICBF Consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO, se logró constatar que la señora LUZ ELENA SOTO SOTO, se identifica con cédula de ciudadanía No. 43787368, se inscribió con el ID 442622903, para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044,

Grado 7 identificado con el código OPEC No. 166312, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021. Cabe señalar que, la accionante en la etapa eliminatoria de aplicación de pruebas escritas sobre competencias funcionales obtuvo 59.16 puntos, cuando el puntaje mínimo aprobatorio era 65.00 puntos, es decir, no continuó en concurso. Los resultados de dicha prueba, una vez, superada la etapa de reclamaciones, se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T – 451 de 2010 ha dicho: “La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una Continuación Oficio RAD_S Página 11 de 12 Sede Atención al Ciudadano y Correspondencia: Carrera 16 No 96 - 64, Piso 7 Sede principal: Carrera 12 No 97 - 80, Piso 5 • PBX: 57 (1) 3259700 • Línea Nacional CNSC: 01900 3311011 www.cnsc.gov.co • Ventanilla Única • atencionalciudadano@cnsc.gov.co Código postal 110221 • Bogotá D.C., Colombia autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”. En suma, no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, circunstancias que no se perciben en la presente acción. En el presente caso, es menester indicar que la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama. Por lo anterior, puede dilucidarse que no existe perjuicio irremediable, pues la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en el caso concreto; debiendo en este caso como se ha reiterado anteriormente, de considerarlo necesario, controvertir el acto administrativo acusado, ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Queda claro que el actuar de la CNSC, en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, pues como se dijo antes, no es la facultada para realizar los nombramientos en el ICBF, actividad que recae exclusivamente sobre el nominador de dicha entidad. Aunado a esto, es el empleador quien debe tomar las medidas afirmativas respecto a la condición de estabilidad laboral reforzada que dice ostentar la accionante. Por todo lo anterior, se solicita negar la presente acción de tutela o en su defecto desvincular a la CNSC del trámite constitucional, toda vez que no es la entidad llamada a cumplir las pretensiones de la accionante, es decir, no tiene legitimación en la causa por pasiva. Frente al requerimiento de publicación me permito informar al despacho que el mismo puede ser consultado en el siguiente link <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/2149-accionesconstitucionale>”

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Despacho ostenta la competencia para resolver en primera instancia la acción de amparo promovida en esta oportunidad, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

7.1. Problema jurídico

Establecer si las garantías fundamentales del accionante se encuentran afectadas por las entidades accionadas

Para resolver tal cuestionamiento, la sentencia se desarrollará de la siguiente manera: (i) se expondrán las consideraciones jurídicas y jurisprudenciales en torno a la procedibilidad de la acción de tutela de manera general y, el requisito de subsidiariedad e inmediatez como estructura angular de la acción, (ii) del caso en concreto.

7.1.1. (i) Procedibilidad de la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales consagrado en el artículo 86 de la carta política, busca proteger las premisas fundamentales de manera inmediata cuando estas se encuentren vulneradas o amenazadas por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares en los casos que establezca la ley.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la acción de tutela goza de dos características esenciales en el ordenamiento jurídico colombiano, i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, ii) la subsidiariedad, y iii) la inmediatez, características que a su vez la doctrina constitucional ha interpretado son un requisito general de procedibilidad de la acción constitucional.

7.1.1.1. Legitimación por activa.

Es un requisito de procedibilidad de la acción constitucional que debe ser examinado por el juez de tutela¹, en tanto que es un presupuesto indispensable tener determinado que el derecho cuya protección se pretende por este mecanismo excepcional, sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona,² lo cual en nada se opone a que la defensa de los derechos fundamentales pueda lograrse a través del representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso³.

7.1.1.2. Legitimación por pasiva.

Es entendida como la aptitud legal de la persona jurídica o eventualmente natural contra quien se dirige la acción, y quien es la llamada a responder efectivamente por la vulneración de los derechos fundamentales del accionante ⁴, pues conforme los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede por regla general contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o los particulares en los casos previstos en el artículo 86 CP, desarrollados en el 42 del mencionado Decreto.

7.1.1.3. Principio de Inmediatez

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela debe interponerse dentro de un término prudencial, contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. De allí que le corresponda al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y, en efecto, constatar si el tiempo transcurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y

¹ Sentencia SU-454 de 2016.

² Sentencia T-511 de 2017.

³ Sentencia T-435 de 2016.

⁴ Sentencia T-1015 de 2006

la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada. Aspecto superado, por cuanto la presunta vulneración es actual.

7.1.1.4. Principio de Subsidiariedad

Los artículos 86 de la Constitución Política y el 6 del Decreto 2591 de 1991, disponen que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

7.1.2. Derechos de carrera y estabilidad laboral

Resulta necesario decir que la garantía de *estabilidad laboral* cuya protección reclama el accionante, deviene de la previsión contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expidieron disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública, que es del siguiente tenor:

“Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, **las personas con limitación física, mental, visual o auditiva**, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”. (negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional, en sentencia SU 897/12, consolidó un criterio interpretativo sobre el retén social. Dijo al respecto:

“El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 7909 de 2002.”

De esta manera, se materializó para el concursante un *derecho subjetivo*, sobre el que la Corte Constitucional, en sentencia CC T-186/13, expresó que:

*... resulta plenamente justificado, desde la perspectiva constitucional, que **los ciudadanos que superan satisfactoriamente los procesos de selección, adquieran un derecho subjetivo, de índole superior**, de ingreso al servicio público. Los derechos de carrera, así entendidos, garantizan de suyo un grado de estabilidad laboral para el aspirante que gana el concurso, quien solo podrá ser excluido del empleo conforme a las disposiciones constitucionales y legales. Estos derechos, a su vez, **imponen un acceso preferente al cargo, que subordina la permanencia en el empleo del servidor que lo ostente y que no haya ingresado al mismo mediante concurso público de méritos.***

(...)

*9. En conclusión, existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso, permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos. A su vez, **la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad.***

De la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta. Respecto a la estabilidad laboral relativa de los funcionarios que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera y se encuentran en situación de debilidad manifiesta, la H. Corte Constitucional en sentencia T-464 de 2019, señaló:

“(...) en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”[35]. (...) No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía

o equivalencia de los que se venían ocupando[36]. (...) Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público [37]”.

Además, como lo ha reiterado la Corte, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, tal y como se desprende del caso en estudio.

Por último, si bien la Corte Constitucional también ha manifestado que hay cierta población de especial protección tal como es el caso de los denominados prepensionados, **las madres cabeza de hogar**, entre otros, **los derechos de estas personas nunca pueden estar por encima de los derechos que tienen quienes acceden a un cargo por concurso de méritos**, pues dada esa fundamentalidad que implica la carrera y considerarse uno de los pilares estructurales de la Constitución Política de 1991, los derechos de carrera nunca pueden ceder ante otros derechos.

La accionante no logro probar que no cuente con una red de apoyo y que el progenitor no responde por los menores económicamente. En tal sentido la presente acción constitucional no se encuentra llamada a prosperar, así las cosas, el despacho NIEGA la acción de tutela invocada por la señora Luz Elena Soto

Soto con apoderado judicial la Dra. Lilian Margarita Vergara Gómez en contra de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Comisión Nacional del Servicio Civil, al evidenciarse la inexistencia de vulneración frente a los derechos fundamentales reclamados.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – Negar la solicitud de protección al derecho fundamental de estabilidad laboral reforzada por la accionante Luz Elena Soto Soto con apoderado judicial la Dra. Lilian Margarita Vergara Gómez, en contra de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Comisión Nacional del Servicio Civil, de acuerdo con los considerandos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – Líbrense las comunicaciones del caso de conformidad con lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, a través de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, NOTIFICAR el presente fallo a través de su página Web, a las personas que se inscribieron en el proceso de selección para proveer los cargos de la planta de personal del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021, OPEC 166313 del Acuerdo No. 2081 de 2021.

CUARTO. – . Contra esta decisión procede su impugnación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. De no ser impugnado este fallo, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión y posterior archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GUSTAVO ADOLFO RESTREPO BOLÍVAR

JUEZ

Oficio número 500

Juan Carlos Romero Bolívar Procurador jcromero@procuraduria.gov.co	vergaralilian@serviasesores.net
notificaciones.judiciales@icbf.gov.co notificacionesjudiciales@cnsj.gov.co	

Fallo acción de tutela: 11001-31-09-012-2023-0151

Accionante: Luz Elena Soto Soto con apoderado judicial la Dra. Lilian Margarita Vergara Gómez

Accionada: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Comisión Nacional del Servicio Civil

Vinculados: Lista de Elegibles para el cargo de profesional universitario código 2044 grado 07 Opec 16632 de la planta del ICBF

Derechos invocados: Fuero Laboral

Decisión: Niega

Cordial saludo,

Por medio del presente les notifico que este despacho mediante decisión de primera instancia emitida el 25 de agosto de 2023, resolvió negar la protección al derecho fundamental solicitado en la presente acción constitucional.

Se adjunta la totalidad de la decisión en formato PDF, y se les informa que pueden impugnarla en el término de tres (3) días siguientes a esta notificación.

Atentamente;

Sandra Johanna Forero
Oficial Mayor