TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	**70-001-33-33-004-2017-00163-01**
ACCIONANTE:	**JACQUELINE MARÍA HERNÁNDEZ PALLARES**
ACCIONADO:	**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**
NATURALEZA:	**ACCIÓN DE TUTELA**

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte accionante, contra el fallo de fecha 27 de junio de 2017, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante el cual, se declaró improcedente el amparo solicitado.

I.- ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones[1]:

La señora **JACQUELINE MARÍA HERNÁNDEZ PALLARES**, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, con el fin que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo, mínimo vital, igualdad, petición, acceso y desempeño de cargos y funciones públicas; en consecuencia, solicita la actora, se ordene a la entidad accionada expida el acto mediante el cual la nombre en el cargo de Director Regional del ICBF, Seccional Sucre, seguido de la respectiva posesión.

[1] Folios 11 - 12, cuaderno de 1a instancia.

1.2.- Hechos[2]:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - "ICBF", en el año 2015 realizó convocatoria pública con el fin de proveer, entre otros, el cargo de Director Regional, código 0042, grado 18, de la Seccional de Sucre; por lo que la señora Jacqueline María Hernández Pallares se inscribió a la aludida convocatoria, superando cada una de las etapas previstas, hasta llegar a ser parte integrante de la terna final, con un puntaje de 84.4.

Desarrolladas las respectivas etapas, el 11 de enero de 2017, la Dirección Nacional del ICBF comunicó al Gobernador de Sucre, la terna de la cual debía elegir al nuevo Director Regional del ICBF, Seccional Sucre, la que estuvo integrada por los concursantes Juan Francisco Ortega Hernández, Gabriel Castilla Castillo y Jacqueline María Hernández Pallares.

El Gobernador de Sucre, Doctor Edgar Martínez Romero, mediante Oficio No. 048 de enero 17 de 2017, escogió a la señora Jacqueline María Hernández Pallares para ser la nueva Directora Regional del ICBF, Seccional Sucre y comunicó esa decisión a la Dirección Nacional del ICBF. Seguidamente, el 20 de enero de 2017, la accionante recibió un correo electrónico remitido por la Dirección de Gestión Humana del ICBF, por medio del cual, se le solicitó el envío de su hoja de vida, con sus respectivos soportes, con el objeto de publicar la misma en la página web del ICBF y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; solicitud que fue atendida de forma inmediata por la escogida.

El 2 de febrero de 2017, la accionante solicitó a la Directora Nacional del ICBF, el nombramiento y posesión en el cargo aludido; sin embargo, no obtuvo respuesta de fondo. Adicionalmente, tal Dirección, solicitó al Gobernador de Sucre, la ratificación de la escogencia de la Directora Regional, en razón a que existían -presuntamente- unas quejas en su contra.

[2] Folios 1 - 11, cuaderno de primera instancia.

Por lo anterior, la actora instauró acción de tutela, para que se ordenara a la Directora del ICBF, la expedición del acto de nombramiento y la debida posesión, previa publicación de su hoja de vida.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia, del 17 de marzo de 2017, amparó los derechos de la accionante y en consecuencia, ordenó a la Dirección Nacional del ICBF publicar su hoja de vida, decisión que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, mediante sentencia del 9 de mayo de 2017.

A su vez, el señor Juan Francisco Ortega Hernández, presentó una acción de tutela y el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre, Sucre, mediante sentencia de marzo 17 de 2017, ordenó a la Dirección Nacional del ICBF realizar un concepto de viabilidad jurídica del nombramiento de Jacqueline Hernández y en caso negativo, por estar inhabilitada, comunicar de ello al Gobernador de Sucre, para que éste escogiera entre los otros dos ternados, el nombre del Director Regional del ICBF, Seccional Sucre.

En cumplimiento a lo anterior, la Directora Nacional del ICBF, Doctora Cristina Plazas Michelsen, mediante Oficio No. S-2017-197286 de abril 20 de 2017, comunicó a la accionante del Concepto emitido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y del Director de Gestión Humana, en el que se indicó que no era viable el nombramiento de ella en el cargo de Director Regional, dado que se encontraba inhabilitada para ocupar el mismo.

Así mismo, previo a que se comunicara del precitado oficio a la actora, la Directora Nacional del ICBF, mediante Oficio No. S-2017-174374-0101 de marzo 31 de 2017, había solicitado al Gobernador de Sucre, una nueva escogencia del Director Regional del ICBF, esta vez enviando como únicos candidatos a los otros dos ternados, con base en lo expuesto en la sentencia del 17 de marzo de 2017 expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre y acogiendo la conclusión del Concepto emitido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y del Director de Gestión Humana. En virtud de lo anterior, el Gobernador, seleccionó al señor Gabriel Castilla Castillo, como nuevo Director.

No obstante lo anterior, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Majagual, mediante sentencia del 9 de mayo de 2017, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro de la acción de tutela promovida por el señor Juan Francisco Ortega Hernández ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre y en consecuencia de esa decisión, el ICBF, por conducto de la Dirección de Gestión Humana, expidió auto de mayo 19 de 2017, en el que dispuso:

> *"PRIMERO: Sanear la actuación administrativa adelantada con ocasión de la provisión del cargo de Director Regional Sucre, para lo cual dejará sin efecto todas las actuaciones que se adelantaron en cumplimiento de las órdenes que en su oportunidad emitió en Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre - Sucre (...)*
>
> *SEGUNDO: (...) Córrase traslado por el término de un día de las observaciones y objeciones ciudadanas a los intervinientes vinculados como interesados durante la publicación de la hoja de vida (...)*
>
> *TERCERO: Corrido el traslado mencionado se entrará a establecer de manera definitiva la existencia definitiva o no de causal de inhabilidad, incompatibilidad que imposibilite el ejercicio del cargo de Directora Regional de Sucre (…)*

Como consecuencia del anterior, la designación del nombre de la accionante como Directora Regional del ICBF, Seccional Sucre, quedó vigente; sin embargo, la representante legal del ICBF, no ha expedido el respectivo acto de nombramiento.

Adicionalmente, a pesar de la anulación de la referida sentencia, el día 5 de junio de 2017, mediante correo electrónico, se comunicó a la actora un nuevo concepto de viabilidad jurídica de su nombramiento, suscrito igualmente por la Jefe Oficina Asesora Jurídica y el Director de Gestión Humana, donde concluye que: "*… no se encuentra viable continuar con el proceso de nombramiento de la Sra. Hernández Pallares al encontrarse incursa en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, aplicable al nombramiento del Director Regional Sucre por remisión del artículo 79 de la Ley 489 de 1998...*"

La Directora Nacional del ICBF, elevó consulta al Departamento

Administrativo de la Función Pública para que conceptuara sobre la posible inhabilidad que de una persona que haya suscrito en el último año, varios contratos de aportes con el ICBF, como representante legal de entidades sin ánimo de lucro y en respuesta a la misma, se emitieron dos conceptos: el No. 20176000053581 del 28 de febrero de 2017 y el No. 2017600007223 del 23 de marzo de 2017, en los que se precisa, respectivamente, lo siguiente:

> ***"... se considera que no existe inhabilidad o impedimento para que un aspirante que suscribió en el última año contratos de aportes con el ICBF como representante legal sin ánimo de lucro, sea nombrado director regional o seccional de un establecimiento público del orden nacional (...)***
>
> ***De igual forma se considera que no existe inhabilidad o impedimento para que quien hace parte de una junta directiva de una entidad sin ánimo de lucro sea nombrado director regional o seccional de un establecimiento público del orden nacional.***
>
> *..., se considera que si la persona a la que hace referencia su consulta es nombrada como empleado público,* ***deberá ceder o renunciar a la ejecución de contratos estatales*** *que tenga a su cargo en tanto se presenta una* ***inhabilidad sobreviniente (...) por su naturaleza, la inhabilidades e incompatibilidades son taxativas, expresas y de interpretación restrictiva sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de este no puede ser*** *suplantada, en detrimentos de derechos de terceros..."*

No obstante los anteriores conceptos, en criterio de la demandante, la Directora del ICBF los desconoce para expedir el respectivo acto de nombramiento.

Por último, indica la accionante, que se ha visto afectado su derecho al mínimo vital, pues, actualmente se encuentra desempleada por estar a la espera de que se resuelva su nombramiento, sin ninguna entrada económica para solventar sus necesidades y las de su núcleo familiar.

Mediante escrito posterior[3], la accionante adicionó su demanda, en el sentido que se le protegiera su derecho a la igualdad, al manifestar que la Directora Seccional del Quindío fue nombrada a sabiendas que estaba en

[3] Folios 140 - 142, cuaderno de primera instancia.

las mismas condiciones de ella, pues, fue contratista de la Secretaría de Educación del Quindío.

1.3.- Contestación de la acción.

.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF[4]:

Señala, que debe declararse la nulidad de lo actuado por falta de competencia del juez constitucional en razón del factor territorial, debido a que la Dirección General del ICBF viene surtiendo el proceso de convocatoria y las diferentes etapas o actuaciones de trámite en la ciudad de Bogotá; el acto que define la actuación administrativa, esto es el nombramiento de uno de los ternados, se realiza en dicha ciudad y la toma de posesión del cargo de Director Regional, se debe realizar en las instalaciones de la Sede Nacional en Bogotá.

Frente a los hechos de la tutela, señala, que algunos eran ciertos o parcialmente ciertos y otros no lo eran.

Destaca, que la actuación administrativa relacionada con el proceso de selección público abierto para proveer el cargo de Director Regional de Sucre, se conformó con arreglo a las etapas procesales previstas como reglas dentro del mismo. Y el hecho que la actora haya sido seleccionada de una terna, no da derecho a ocupar el cargo, pues, se deben agotar todas las actuaciones de trámite que incluyen, la publicación de la hoja de vida, las observaciones y comentarios ciudadanos, el estudio de evaluación de los mismos, que permiten determinar la viabilidad jurídica del nombramiento o la correspondiente revocatoria de su designación de conformidad con el art. 2.2.5.6.1 del Decreto 1083 de 2015.

Manifiesta, que la Directora del ICBF puede basarse en los conceptos que emitan sus dependencias, cuando se expongan razones objetivas que permitan dilucidar un asunto, máxime que permiten para el caso, hacer una

[4] Folios 150 - 155 del cuaderno de primera instancia.

evaluación a las observaciones y comentarios presentados en el curso de la actuación administrativa y dentro de la oportunidad legal para presentarlos durante la publicación de la hoja de vida.

Refiere, que no se dio un trato diferente o discriminatorio a la actora, pues, al igual que todos los intervinientes, se les permitió conocer del acto de saneamiento, se les puso en consideración las observaciones y comentarios a la hoja de vida, tuvieron la oportunidad de presentar sus argumentos de defensa, que incluyó escrito de la aquí accionante y en el curso de las actuaciones subsiguientes, la persona actualmente elegida por el Gobernador, Dr. Gabriel Enrique Castilla, igualmente se le publicó la hoja de vida y sobre quien también se prepara concepto de viabilidad, para determinar si procede el acto definitivo de nombramiento.

Indica, que la concurrencia de varias tutelas sobre la presente actuación administrativa, obligaron a expedir actos de saneamiento para garantizar el debido proceso, estando pendiente en la actualidad pronunciamiento sobre la viabilidad jurídica o no del nombramiento del señor Gabriel Enrique Castilla, con base en la elección que hiciera el Gobernador de Sucre.

Aunado a lo anterior, afirma que del contenido de la demanda de tutela y contrastándola con la presentada ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo y el debate que en curso de la misma se dio en torno a los amparos solicitados por la señora Jacqueline María Hernández Pallares, se puede concluir, que existe identidad de partes, identidad de causa petendi, e identidad de objeto; por lo que solicita se rechace las pretensiones de la tutela, pues resulta evidente que la presente acción es temeraria.

Así mismo, sostuvo que hay ausencia de situación fáctica y probatoria para fundamentar un perjuicio irremediable. En tal sentido, refiere que hasta el momento no se ha definido la actuación mediante el nombramiento de alguno de los ternados y que las actuaciones de trámite hasta ahora surtidas, han sido revestidas de todas las garantías del debido proceso, sin que se pueda predicar la existencia de un perjuicio irremediable.

También arguye, que el concepto de viabilidad emitido el 26 de mayo de 2017 y sobre el cual se fundamentó para solicitar ante el Gobernador de Sucre la escogencia de uno de los dos ternados, tuvo como elementos argumentativos, expresos y claros, criterios objetivos mediante la constatación de los elementos normativos previstos en el artículo 79 de la Ley 489 de 1998, que configura la proposición jurídica, con el artículo 179.3 3 de la Constitución Política, sin interpretación extensiva de dichos elementos.

En dicho concepto, se hizo un análisis objetivo de la naturaleza jurídica del cargo de Director Seccional, desde el punto de vista de la representación legal, el análisis de establecimiento público de orden nacional y cuyo cargo es desconcentrado; igualmente, se expuso los elementos normativos de la causal prevista en el artículo 79 de la Ley 489 de 1998, para constatar o contrastarla con la situación fáctico - jurídica sobre la base de evidencias y análisis probatorio que demuestran la aplicación de criterios puramente objetivos y sobre los cuales, la accionante no hizo tampoco reproche alguno en sede de tutela, ni argumentó la existencia de vías de hecho, que vulneraran de manera inminente sus derechos fundamentales.

.- Señor Gabriel Castilla Castillo (tercero interesado)[5]:

Manifiesta, que el concepto de mayo 26 de 2017 emitido por la Oficina Jurídica y la Dirección de Gestión Humana del ICBF, que establece la existencia de causal de inhabilidad que imposibilita el ejercicio del cargo de Directora Regional de Sucre de la señora Hernández Pallares, fue proferido en cumplimiento de la orden impartida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Sincelejo; por lo tanto, era falso lo manifestado por la accionante, en cuanto a que "*el ICBF profirió el concepto estando anulada la decisión que ordenaba su emisión y que no había orden judicial que así lo determinara*".

Así mismo era falso, que ese concepto se hubiera emitido a petición y con

[5] Folios 216 - 226 del cuaderno de primera instancia.

motivo de una consulta, pues, si bien era cierto que la decisión la emite la Oficina Jurídica y de la Dirección de Gestión Humana, también lo era, que lo hacen en ejercicio de sus competencias reglamentarias y tal Dirección, era la dependencia dentro del ICBF que estaba encargada del desarrollo de la convocatoria y de las etapas del concurso, además de todo lo relacionado con el ingreso, permanencia, desarrollo y retiro del personal.

Indica, que tampoco era cierto que se esté excluyendo de la terna a la accionante, sin mediar criterios objetivos, pues, su exclusión era el resultado del análisis y estudio de cada una de las objeciones presentadas a la hoja de vida y del análisis jurídico de las inhabilidades para ser Director del ICBF.

Afirma, que la persona escogida por el Gobernador no adquiere el derecho absoluto de ser nombrada, pues para ello, primero debe verificarse que no tenga inhabilidad e incompatibilidad. Además, que si el acto de nombramiento no genera derechos, al no corresponder a uno de carácter particular, porque se expide para beneficio del interés general, menos generaba derecho alguno la simple postulación que hiciera el Gobernador.

Arguye, que si el ICBF omitió verificar la situación legal de la nombrada Directora del ICBF-Quindío, sin tener en cuenta la presunta inhabilidad de esa persona, ello no puede servir de fundamento a la accionante para solicitar su nombramiento, pues, lo ilícito no podía genera derecho.

Respecto al mínimo vital de la actora, señala que ella es reconocida en la ciudad de Sincelejo como una abogada litigante y docente y nunca se le ha reconocido por tener cargos públicos; por lo tanto, sus ingresos económicos se deben originar en el ejercicio de su profesión. A parte que su esposo Alex Buelvas, también es reconocido por ser Abogado y Comisario.

Refiere, que la petición de la actora ya fue objeto de debate en la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo y en ese orden, solicita se declare improcedente la presente acción por temeraria. Improcedencia que también debe ser declarada, al contar la accionante con otros medios de defensa judicial.

.- Señor Juan Francisco Ortega Hernández (tercero interesado)[6]:

Manifestó, que la señora Jacqueline Hernández Pallares se encontraba inhabilitada para ocupar el cargo de Directora Regional Sucre, conforme a lo previsto en el artículo 39 del Decreto 334 del 15 de febrero de 1980, por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos con ellas en interés propio y de terceros, en los seis meses anteriores a su elección; y como representante legal de la Fundación para el Desarrollo Integral de la Familia "FUNDIFAMILIA", intervino en la gestión y celebración de los contratos con el Municipio de Sampués el 24 de octubre de 2016, con el Municipio de Sincelejo el 15 de noviembre de 2016 y con el ICBF – Regional Sucre el 30 de noviembre de 2016.

Indica, que en cumplimiento de una orden judicial, el ICBF el 26 de mayo de 2017 determinó que la accionante se encontraba inhabilitada para ocupar el cargo aludido y esa situación conllevó a que se reanudara la actuación administrativa, remitiendo al Gobernador de Sucre la comunicación para que escogiera para ser nombrado como Director del ICBF, Regional Sucre, a uno de los otros dos ternados, siendo escogido el señor Gabriel Castilla.

Afirma, que mal hace la accionante en pretender que el ICBF acuda a la acción de nulidad electoral para la declaratoria de su inhabilidad, a sabiendas de que lo está y de que existen parámetros legales que obligan a la Representante Legal de dicha entidad a realizarlo, so pena de incurrir en faltas disciplinarias.

Manifiesta, que en la actuación administrativa desplegada por el ICBF y la Gobernación de Sucre, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, pues, el acto administrativo que la escogió, perdió vigencia desde el momento en que el Gobernador escogió al señor Gabriel Castilla.

[6] Folios 231 - 241 del cuaderno de primera instancia.

Recalca que la accionante cuenta con las acciones ordinarias, como la de nulidad electoral, para controvertir lo expuesto en sede de tutela; además que existe temeridad y cosa juzgada, toda vez que ya se había interpuesto acción de tutela contra el ICBF por los mismos hechos y pretensiones.

Finalmente, manifiesta que hay mala fe de la accionante, quien a sabiendas de que existía la posibilidad que la señora Adriana Echeverry González fuera nombrada como Directora del ICBF, Regional Quindío, pese a que podía estar incursa en una inhabilidad, no presentó las objeciones u observaciones del caso en su calidad de ciudadana, sino que guardó silencio a espera de que el ICBF incurriera en error, para pretender argumentar vulneración de su derecho a la igualdad, respecto de la ilegalidad en que pudo haberse incurrido con el nombramiento proferido.

.- Ministerio Público[7]:

Conceptúa que el presente amparo constitucional es improcedente, ya que la señora Jaqueline Hernández Pallares, cuenta con otro mecanismo judicial idóneo y eficaz para exponer su desacuerdo con la decisión adoptada por la accionada (nulidad electoral), donde, adicionalmente, puede solicitar en cualquier tiempo, la adopción de una medida cautelar; además que era improcedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo, en razón a que el perjuicio irremediable alegado por la actora, no cumplía con los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional.

1.4.- La providencia recurrida[8].

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2017, declaró improcedente la solicitud de tutela invocada por la actora.

[7] Folios 247 - 255 del cuaderno de primera instancia.
[8] Folios 256 – 266 del cuaderno de primera instancia.

En primer lugar, indicó el A-quo, que se debía establecer si existía identidad entre la presente tutela y la decidida en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, para lo cual señaló, que respecto de la identidad de las partes se observaba que ambas fueron presentadas por la señora Jacqueline María Hernández Pallares, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En relación a la identidad de la causa petendi, indicó que las dos demandas tenían un mismo origen de hechos, como lo era el proceso de selección del Director Seccional del ICBF; pero la presentada en el Juzgado Civil, si bien hacía alusión a la publicación de la hoja de vida y la solicitud de ratificación, el presente medio iba encaminado a controvertir la exclusión de la lista y la presentación de un concepto que determinaba la inviabilidad del nombramiento.

En este punto, si bien había una causa petendi igual relativamente, los hechos aquí considerados no eran los mismos, pues, existían nuevos hechos que podían establecer un criterio diferente de apreciación. La misma situación se presentaba frente a la identidad del objeto, por cuanto en la tutela anterior se protegió el derecho de petición, derecho que no era solicitado en la presente acción, pero el análisis no podía quedar ahí, pues, era necesario analizar lo que se buscaba con las dos acciones, por lo que se debía hacer una estudio del fondo del asunto.

Así las cosas, al resolver el asunto, estimó el Juez, que la Directora General del ICBF no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al mínimo vital, al acceso de cargos públicos y a la igualdad de la demandante, por cuanto, el procedimiento hasta al momento adelantado para la escogencia y nombramiento del Director Seccional del ICBF, está acorde a la normatividad vigente, estando autorizada dicha Directora, para excluir una persona de la terna destinada a nombrarse en el cargo en cuestión, cuando considera que se encuentra presente una presunta inhabilidad. Asimismo, la accionante tiene otro mecanismo de defensa para atacar la decisión tomada.

5.- La impugnación[9].

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte accionante la impugna con el fin de que sea revocada en esta instancia.

1. CONSIDERACIONES:

1.1. Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia,** de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

1.2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los supuestos manifestados por las partes y el Juez de instancia en la providencia recurrida, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar ¿Es procedente la acción de tutela, para proteger derechos fundamentales, que se alegan conculcados o en vía de vulneración, a través de actos administrativos, emitidos en virtud del proceso de selección del Director del ICBF, Regional Sucre?

2.3. Análisis de la Sala

La Constitución Política, en su artículo 86, consagró la acción de tutela, como un mecanismo de protección, de los derechos fundamentales de carácter preferente y sumario, que podrá ser interpuesto, contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos establecidos por la ley, esto es, i) encargados de la prestación de un servicio público, ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o iii) respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

[9] Folio 281, cuaderno de primera instancia.

Como se dijo, el artículo 86 de la Constitución, prescribe sobre la acción de tutela que "*(..) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*".

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiario. Esto es, únicamente procede, cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o en el evento en el cual, a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y se hace necesaria la adopción de una medida transitoria, que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado, en abundante jurisprudencia, que "*cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto*"[10].

Este precepto constitucional, ha sido desarrollado en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991[11], en el cual se reitera la improcedencia de la tutela, en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judiciales, de los cuales pueda hacer uso el accionante[12]. En este sentido, la Corte Constitucional, ha reiterado en múltiples oportunidades, que en virtud

---

[10] Ver T-432/02.

[11] Decreto 2591 Art. 6o. "*Causales de improcedencia de la acción de tutela. 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".

[12] Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: "*En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).*"

del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales, deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela, cuando las mencionadas vías, no existan o no resulten adecuadas, para proteger los derechos del recurrente[13].

Esta restricción no es caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley, a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del debido proceso, como es, la aplicación de los procedimientos debidos, a cada caso concreto.

De manera específica, la jurisprudencia de la Corte, ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos. En este sentido, como regla general se ha señalado, que no es la acción de tutela, la adecuada para discutirlos, resultando más apropiados, los procedimientos de la jurisdicción contencioso administrativa[14], de donde en principio, es la jurisdicción contenciosa, la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen, con ocasión de la expedición de un acto administrativo.

No obstante, dicha Corporación ha indicado, que este no resulta un principio absoluto y por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela, como mecanismo transitorio, a saber[15]:

(i) Si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho,
(ii) Si se hace necesaria, la intervención inmediata del juez constitucional, para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

---

[13] SU-037/09, T-070/97, T-167/05, T-642/07, T-807/07, T-864/07, T-213/08, T-363/08, T-404/08, T-413/08, T-421/08, T-609/08, T-773/08, T-809/08, T-297/09, T-530/09, T-598/09, T-624/09, T-632/09, T-629/09, T-799/09, T-858/09, T-165/10.
[14] Ver entre otras T-600/02, T- 771/04 y T.199/08.
[15] T-199/08 que reitera la T-467/06.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha modulado los anteriores parámetros, en el sentido de que si se prevé la existencia de un perjuicio irremediable o se denote la ineficacia de los medios de defensa, la subsidiariedad de la acción pasa a un segundo plano, donde es procedente el ejercicio del medio de control constitucional, como medida transitoria de protección, precisándose que *"para evaluar el requisito de subsidiariedad (i) el juez debe verificar que exista un recurso en el ordenamiento para proteger el derecho debatido. En caso de existir (ii), tendrá que examinar si es idóneo; que esa precisa herramienta persiga el fin buscado por el accionante. Finalmente, en caso de ser idóneo (iii), determinar si es eficaz, lo cual implica que surta los efectos esperados oportunamente. En todo caso, (iv) siempre será procedente la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable"*[16].

Lo anterior, traído al escenario de la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas, permite reiterar la posición jurídica asumida por la Sala[17] apoyada en el cambio cualitativo gestado con la expedición de la Ley 1437 de 2011, mediante el cual, la jurisdicción contenciosa administrativa, consta de medios de control adecuados, eficaces e idóneos para hacer exigible el pedimento que caracteriza esta acción constitucional, máxime, cuando se puede hacer uso de medios especiales que garantizan, incluso en mejor medida el estudio y probable concesión de la reclamación expuesta por la accionante, elementos jurídicos que se traducen en las medidas cautelares en sus distintas denominaciones[18], como lo son las ordinarias y de urgencia.

Y es que la anterior afirmación, se solventa en los presupuestos que inspiran la nueva redacción normativa, a través del cual se erige como finalidad y

[16] Corte Constitucional. Sentencia T- 891 de 2013. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
[17] Sobre la improcedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas, Ver Tribunal Administrativo de Sucre. Sentencia del 21 de mayo de 2015, expediente 2015-00143-00; Sentencia del 26 de marzo de 2015, expediente 2015-00065-00. M. P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.
[18] Arts. 229 y ss del CPACA.

objeto de la jurisdicción en cita, el precepto de ***tutela judicial efectiva***[19], que según la jurisprudencia constitucional "*comprende: (i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados*"[20].

Lo anterior tiene efectos directos en el presupuesto del perjuicio irremediable, ya que, en últimas, la procedibilidad de la acción en tal sentido, prevé que aquel solo podrá ser alegado, cuando la virtualidad del sistema jurídico, no brinde los medios de defensa necesarios, para amparar cada uno de los derechos fundamentales, que se dicen son vulnerados, ya que de existir estos, no sería dable asumir, su concretización, debido a los presupuesto que conforman su naturaleza[21].

2.4.- Caso concreto

Abordando el caso *sub examine*, se tiene que la señora JACQUELINE MARÍA HERNÁNDEZ PALLARES, instauró acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, para que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo, mínimo vital, igualdad, petición, acceso y desempeño de cargos y funciones públicas y de contera, los principios constitucionales a la buena fe, la confianza legítima, respeto al acto propio y seguridad jurídica; por cuanto la entidad accionada no le ha realizado el nombramiento y la respectiva

---

[19] Al respecto ver, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de marzo de 2014. Expediente núm. 2013-06871-01. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

[20] Corte Constitucional. Sentencia T- 443 de 2013. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[21] Sobre el perjuicio irremediable ver Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2001. M. P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, donde se señaló: "*En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable*".

posesión en el cargo de Directora Regional del ICBF, en el marco del concurso de mérito realizado para tal fin.

Por su parte, el A-quo, al resolver el asunto, decidió declarar improcedente el amparo deprecado, al considerar que el procedimiento para la escogencia y nombramiento del Director Seccional del ICBF, estaba acorde a la normatividad vigente, estando autorizada la Directora de dicha institución, para excluir a una persona de la terna para ser nombrada en el cargo en cuestión, cuando considerara que se encontraba en una presunta inhabilidad. Además, que estimó que la accionante tenía otro mecanismo de defensa para atacar la decisión tomada.

Verificado el asunto en cuestión, este Tribunal estima, que la sentencia impugnada debe ***confirmarse,*** por las siguientes razones:

Abordando el *sub examine*, conforme al material probatorio aportado al expediente de tutela, se observa que la señora JACQUELINE MARÍA HERNÁNDEZ PALLARES participó en la convocatoria pública realizada en el año 2015, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - "ICBF", con el fin de proveer, entre otros, el cargo de Director Regional, código 0042, grado 18, de la Seccional de Sucre; superando y aprobando la actora cada una de las etapas previstas, con un puntaje final de 84.4[22].

En virtud de dicha convocatoria, la accionante llegó a ser parte de la terna final, integrada por los señores Juan Francisco Ortega Hernández, Gabriel Castilla Castillo y Jacqueline María Hernández Pallares.

De la terna integrada por los citados concursantes y enviada por la Dirección Nacional del ICBF al Gobernador de Sucre, para elegir al nuevo Director Regional del ICBF, Seccional Sucre, fue escogida para desempeñar dicho cargo, la señora Jacqueline María Hernández Pallares, tal como se

[22] Folios 19 – 24 del cuaderno de primera instancia.

aprecia en la copia del Oficio No. 048 de fecha 17 de enero de 2017, emanado de la Gobernación[23].

No obstante lo anterior, el nombramiento de la accionante no fue llevado a cabo por parte del ICBF, al advertir una inhabilidad de la accionante para ocupar el cargo aludido.

En efecto, **mediante Oficio No. S-2017-197286-0101 de fecha 20 de abril de 2017**[24], la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en atención a la solicitud de cumplimiento de la orden proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo, le informó a la señora Jacqueline María Hernández Pallares, que la hoja de vida que debía publicarse era el formato establecido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual en su numeral 5° contenía la declaración bajo la gravedad de juramento de no encontrarse incurso dentro de causal de inhabilidad.

Asimismo, le dio a conocer el **concepto de fecha marzo 29 de 2017**[25], mediante el cual, la Asesora Jurídica y la Directora de Gestión Humana, no encontraron viable continuar con el proceso de su nombramiento al estar incursa en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, aplicable al nombramiento del Director Regional Sucre, por remisión del artículo 79 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 334 de 1980 y el literal b) del artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015, que señala como requisitos para ejercer un cargo público la obligación de "*b) No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la Ley*".

Igualmente, mediante **Oficio No. S-2017-174374-0101 de fecha 31 de marzo de 2017**[26], la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar

[23] Folio 27 del cuaderno de primera instancia.
[24] Folio 53 del cuaderno de primera instancia.
[25] Folios 92/54 – 68 del cuaderno de primera instancia.
[26] Folios 69 – 70 del cuaderno de primera instancia.

Familiar, solicitó al Gobernador de Sucre, procediera a escoger entre los dos ternados restantes, el aspirante que ocuparía el cargo de Director Regional ICBF Sucre, esto es, los señores Juan Francisco Ortega Hernández y Gabriel Enrique Castilla.

Seguidamente, a través de **Oficio No. S-2017-269664-0101 de fecha 24 de mayo de 2017**[27], el Director de Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, comunicó a la actora que en virtud de la decisión emitida el 9 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Majagual, en la cual se dispuso declarar la nulidad de todo lo actuado respecto de la acción de tutela incoada por Juan Francisco Ortega y con el propósito de dar cumplimiento a la declaratoria de la citada nulidad, la Dirección de Gestión Humana emitió el auto de 19 de mayo de 2017[28], por medio del cual, se dispuso sanear la actuación administrativa de la referencia.

También le informó a la actora, que dando cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo, procedió a publicar su hoja de vida en las páginas web del instituto y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por el término de 3 días, término dentro del cual, se recibieron observaciones de los ciudadanos y sobre las cuales, se le concedió a la interesada un día hábil para que se pronunciara sobre las mismas.

Posteriormente, mediante **Oficio No. S-2017-291035-0101 de fecha 5 de junio de 2017**[29], el Director de Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, comunicó a la actora el concepto de no viabilidad jurídica de su nombramiento datado 26 de mayo de 2017 y suscrito por la Asesora Jurídica y el Director de Gestión Humana del ICBF[30].

[27] Recibido el día 3 de junio d 2017 - Folio 83 del cuaderno de primera instancia.
[28] Folios 84 – 91 del cuaderno de primera instancia.
[29] Folio 92 del cuaderno de primera instancia.
[30] Folios 92 - 119 del cuaderno de primera instancia.

En dicho concepto, se concluye: "*… no se encuentra viable continuar con el proceso de nombramiento de la Sra. Hernández Pallares al encontrarse incursa en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, aplicable al nombramiento del Director Regional Sucre, por remisión del artículo 79 de la Ley 489 de 1998, el literal b) del artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015 que señala como requisitos para ejercer un cargo público la obligación de "b) No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la Ley*".

Acto seguido y atendiendo al anterior concepto, la Directora General del ICBF, mediante oficio de 8 de junio de 2017, solicitó la escogencia de los otros de los ternados, soportándose en el artículo 2.2.28.1 y 2.2.28.4 del Decreto 1083 de 2015[31].

De igual forma, se aprecia que la Asesora Jurídica del ICBF, en atención a un requerimiento del Juzgado Cuarto Administrativo de Sincelejo, mediante Oficio remitido por correo electrónico el día 22 de junio de 2017[32], manifestó que "*… la persona actualmente elegida por el Gobernador, Dr. Gabriel Enrique Castilla, igualmente se le publicó la hoja de vida y sobre el cual también se prepara como actuación de trámite concepto de viabilidad o no para determinar si procede o no acto definitivo de nombramiento*".

En el mismo sentido, el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Sucre, mediante escrito de fecha 22 de junio de 2017[33], remitió copia del Oficio No. 200 de junio 15 de 2017[34], emitido por el Gobernador del Departamento, mediante el cual, seleccionó al señor Gabriel Enrique Castilla para ocupar el cargo de Director Regional del ICBF - Sucre.

Ahora bien, cuestiona la actora en sede de tutela, que la parte accionada, le ha negado la posibilidad de ser nombrada como Directora del ICBF,

---

[31] Ver Cd folio 242 del cuaderno 2 de primera instancia.
[32] Folio 202 del cuaderno 2 de primera instancia.
[33] Folio 203 del cuaderno 2 de primera instancia.
[34] Folio 204 del cuaderno 2 de primera instancia.

Regional Sucre, pese a estar en la terna final y ser escogida por el Gobernador de Sucre, para ocupar tal cargo.

Frente a los hechos brevemente relatados se advierte, que el hecho de hacer parte de una terna definitiva para ser nombrado en un cargo producto de una convocatoria, no obliga a la administración a su nombramiento, pues, se pueden presentar diversas circunstancias que lo impidan y en esos casos, le corresponde al nominador respetar el orden jurídico, pues, si aparece una causal de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo, se debe verificar su configuración, como ocurre, por ejemplo, cuando se presentan antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional, que demuestren una abierta falta de idoneidad para ocupar el cargo[35].

Y verificada la concurrencia de la inhabilidad, a través de un concepto que se explaya en razones y no aparece de bulto como arbitrario o caprichoso, además de haberse comunicado a la interesada, retomando el ejercicio de derecho de contradicción de la misma en su contenido, resulta evidente que el Juez de tutela no puede, ni debe abordar funciones que son propias del Juez de lo Contencioso Administrativo, haciendo la acción de tutela improcedente.

Y si bien se alega la existencia de un perjuicio irremediable, como vía para que el Juez Constitucional asuma el fondo del mismo, lo cierto es que tal condición no hace su aparición, pues, si se tiene en cuenta que la convocatoria en la cual participó la accionante, necesariamente debe contener una etapa decisoria final que corresponde al nominador, el concepto de viabilidad jurídica para nombramiento no vulnera la protección constitucional de acceso a los cargos públicos. Al efecto, la Corte Constitucional ha señalado, que el ámbito de protección de tal derecho es el siguiente:

> "*(i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer*

[35] Cfr. Sentencia T-556 de 2010 y normatividad ya citada por el a quo.

> *requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público"*[36].

Resultando que en este caso, ni se fija un requisito adicional para posesionarse del cargo, ni se impide la posesión de quien ha cumplido con los requisitos para acceder al cargo, ya que, el concepto antes mencionado, termina siendo paso obligatorio para que tal cosa ocurra con éxito, cosa distinta es que no se esté de acuerdo con el mismo, como lo hace presente la demandante.

Aunado a lo anterior, si bien una convocatoria conlleva una expectativa legítima, la misma, cuando se han cumplido las etapas procesales no conlleva demérito de derechos como el mínimo vital o del trabajo, pues, se parte del supuesto que quienes participan, mientras no se tome una determinación definitiva favorable, no dependen económicamente de la entidad a la cual quieren pertenecer, ni significa desmedro de lo que ha sido su condición de vida, pues, participar en una convocatoria, per se, no crea, ni garantiza la condición vital, ni la ocupación del empleo; de ahí que al excluir a un participante con fundamento en razones jurídicamente plausibles, no implique vulneración de derecho fundamental alguno, en clave de amparo de tutela.

Y no se impide la posesión de quien ha cumplido con los requisitos para acceder al cargo, pues, al existir, como se ha demostrado, un concepto expreso sobre una inhabilidad, proferido como fase que se entiende integra la convocatoria, por virtud de la propia función de la administración, pues es la decisión misma de la administración en la fase final, esta puede considerarse plausible, al no denotar de entrada arbitrariedad o irregularidad ostensible, salvo el contenido interpretativo de la causal de

[36] Corte Constitucional. Sentencia SU - 339 de 2011.

inhabilidad, sobre lo cual, el Juez Constitucional no puede abordar su contenido, al ser propio del Juez Natural, siendo la consecuencia lógica, que solo a través de la demanda ordinaria elevada ante esta jurisdicción, pueda estudiarse el caso de marras, teniendo especialmente en consideración que la parte lo que busca a través de la acción de tutela, tácitamente, es una interpretación más benigna del art. 179.3 de la Constitución Política, pese a que no lo señale así en su demanda.

Nótese, que en ningún momento la accionante en el libelo introductorio, busca contradecir la existencia de los hechos que dan soporte a la inhabilidad, centrando sus cargos de tutela en el derecho que dice surgir a consecuencia de hacer parte de la terna dispuesta por el Gobernador de Sucre para el cargo de Director Regional del ICBF - Sucre, derecho que como se dijo, se halla limitado por la capacidad decisoria de la administración, que ejecutada en condiciones de proporcionalidad y razonabilidad responde a los caros fines estatales, que para el caso indican que no se debe nombrar a quien se encuentre inhabilitado para ejercer un cargo, cuyo nombramiento por demás, pese a la convocatoria de méritos, siempre será discrecional.

Aunado a lo anterior, la decisión de la administración no aparece como carente de sustento, por el contrario, parte de considerar hechos debidamente probados, atendiendo el derecho de contradicción de la interesada y respondiendo incluso a los reparos que ahora se hacen en tutela, por ende, no podría afirmarse que tal actuación vulnere derecho fundamental alguno.

En el mismo sentido, la interpretación de la inhabilidad no resulta fugaz o falto de seriedad, por el contrario, la simple lectura del art. 179.3 de la C. P., podría dar lugar a afirmar lo que sostiene el ICBF. Al efecto, el mencionado artículo textualmente sostiene:

> ***"ART. 179.*** *No podrán ser congresistas:…*
>
> *3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en*

> *interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección*".

Y en este caso, es sabido que durante las vigencias 2015 y 2016, la Fundación para el Desarrollo Integral de la Familia – FUNDIFAMILIA, regentada en su representación legal por la aquí accionante, hasta el mes de noviembre de 2016, había suscrito varios contratos con el ICBF y que el 30 de noviembre del mismo año, suscribió el contrato de aporte No. 070 – 0601 – 2016, como representante legal de la mencionada fundación, finalizado anticipadamente el 11 de enero de 2017 [37], mediando cambio de representante legal de FUNDIFAMILIA, hecho que ocurrió el 10 de enero de 2017, cuando JACKELINE MARÍA HERNÁNDEZ PALLARES dejó el cargo y que la aquí accionante, para el mes de mayo de 2017, se encontraba pendiente de ser nombrada como Directora de la Regional del ICBF de Sucre, por ende, bien podía predicarse que intervino, en un período no superior a seis meses a la fecha de la elección, en la celebración de contratos en interés de la persona jurídica que representaba (FUNDIFAMILIA), sin que pueda afirmarse que la convocatoria en que participó la accionante sea de aquellos que se denominan concurso de mérito, pues, se insiste, el cargo pese a la existencia de la misma convocatoria, sigue considerándose discrecional.

Otro tanto ocurre con la vulneración a la prohibición de extender analógicamente las inhabilidades, en tanto, el ICBF, al emitir el concepto respectivo, hizo una recolección normativa con la cual justificó que los Directores de Establecimientos Públicos, designación similar a la de Director Regional del ICBF, recepcionan las mismas inhabilidades que los congresistas de la República, sin que la interpretación aparezca como grosera o totalmente falaz y por el contrario, sea plausible su aceptación.

---

[37] Nótese incluso, que la participación de la accionante en la convocatoria efectuada por el ICBF, venía desde el 24 de abril de 2015, cuando se inscribió y la mayoría de etapas de la convocatoria se hallaban casi que totalmente superadas para el día 30 de octubre de 2015, tal y como lo relata la propia demandante, lo que desvirtuaría su desconocimiento frente al tema tratado, en virtud de que su legítima expectativa, con el avance del trámite de convocatoria se incrementaba.

De ahí que, tratándose el asunto en vía de tutela, pueda afirmarse que al menos en apariencia la causal de inhabilidad invocada, resulta factible de aplicarse al presente asunto, pues, como ya se dijo, hacer un análisis de confrontación normativa, conlleva abordar jurisdicción que no se tiene por vía de tutela, al ser esta subsidiaria y corresponder tal análisis a la jurisdicción contenciosa administrativa [38], insistiéndose que le está vedado al Juez Constitucional, tomar partido sobre la aplicación o no al caso concreto de la mentada inhabilidad e incluso, de analizar su contenido, alcance, aplicación analógica, etc., lo que hace improcedente el amparo requerido.

Tan es así, que al proceso se han aportado dos conceptos distintos sobre el mismo el tema, lo que exige decidir sobre su contenido, no siendo, se insiste, el Juez de tutela el llamado a tomar partido.

Igualmente, ha de decirse, que la parte actora trae a colación la supuesta afectación de su derecho a la igualdad, toda vez que la Directora Seccional del ICBF Regional Quindío, fue nombrada a sabiendas que estaba en las mismas condiciones de ella, pues, fue contratista de la Secretaría de Educación Departamental del Quindío, desde el 2 de septiembre hasta el 17 de diciembre de 2016. Empero, esta Colegiatura no cuenta con elementos de juicio suficientes, para ejercer un test de razonabilidad que concluya la supuesta afectación del derecho a la igualdad alegado, desestimándose así, el cargo de violación que es aducido por la actora.

Obsérvese que en el expediente, solo reposa la hoja de vida de la aparente Directora Seccional del ICBF Regional Quindío y de un contrato de prestación de servicios, sin verificarse que la Dra. ADRIANA ECHEVERRY GONZALES, haya sido efectivamente nombrada como Directora en la condición indicada y aún más, que la contratación se haya efectuado con el ICBF, quien hacía el nombramiento, pues, la lectura atenta de los folios 157 a 161, indican que tal contrato se llevó a cabo con el Departamento del Quindío.

[38] Téngase en cuenta que los actos administrativos se presumen legales y que la única jurisdicción llamada a anularlos, es la contencioso administrativa.

Amén de lo expuesto, se concluye, que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, por considerarse improcedente el amparo deprecado, al insistirse que tal discusión, bien puede ser zanjada dentro un proceso judicial ordinario, teniendo en cuenta las etapas que se surten al interior de este, que facilitan un estudio a profundidad de lo pretendido.

Finalmente, advierte esta Colegiatura que mediante auto de fecha 22 de junio de 2017[39], el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, resolvió vincular al presente proceso constitucional a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en atención a una supuesta solicitud de esta entidad en tal sentido[40].

Así mismo, en dicha providencia, se accedió a una reunión pedida por dicha Agencia para el día 23 de junio de 2017, a las 02:30 p.m., la cual, llegado el día se dejó constancia de los asistentes a la misma y de la inasistencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[41].

Posteriormente y luego de decidido el asunto, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[42], a través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, informó que el Doctor Joaquín Jiménez Alzate, quien solicitó la vinculación de la entidad al presente trámite tutelar, no pertenecía a su planta de personal; por lo que solicitó su desvinculación del presente asunto.

Igualmente informó, que la entidad adelantaba las gestiones pertinentes para poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, los hechos señalados por la presunta comisión de conductas punibles.

En el mismo sentido, la Directora de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informó que esa entidad no había radicado ningún documento en el juzgado con la intención de intervenir en

[39] Folio 183 del cuaderno de primera instancia.
[40] Folio 182 del cuaderno de primera instancia.
[41] Folio 214 del cuaderno de primera instancia.
[42] Folios 283 - 285 del cuaderno de primera instancia.

la presente tutela, en consecuencia, no había solicitado ninguna reunión y no se tenía por costumbre esa forma de proceder; tampoco había efectuado delegación u otorgado poder al señor Joaquín Jiménez Alzate, persona que era desconocida y que no hacía parte del grupo de abogados de la Agencia[43].

Del mismo modo solicitó la desvinculación de la Agencia debido a que no tenía intención de participar en este proceso, en tanto, no cumplía con los criterios de intervención que les fijaba la ley y el reglamento.

Atendiendo a la situación anotada, esta Colegiatura accederá a desvincular de la presente acción de tutela a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Así mismo, dispone no compulsar copias al ente investigativo de la situación advertida, como quiera que la misma Agencia, ya señala estar adelantando las actuaciones pertinentes sobre el caso.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: **DESVINCÚLESE** de la presente acción de tutela a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: CONFÍRMESE la sentencia del 27 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 199.

[43] Folio 318 del cuaderno de primera instancia – folios 22 – 23 del cuaderno de segunda instancia.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Discutido y aprobado en sesión ordinaria, según Acta No. 0125/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS
(Con impedimento)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA