



Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Impugnación de Tutela
Radicado	13-001-33-33-001-2018-00008-01
Demandante	Daniel Julio Moreno
Demandado	I.C.B.F.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto	Derecho a la igualdad laboral y al debido proceso para acceder a cargos públicos-

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia proferida el 1º de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA (FLS. 1-3)

a). **Hechos:** El accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

El 17 de agosto de 2017 el I.C.B.F., publicó en su portal web, un aviso de invitación a la Convocatoria No. PT-DF3-2125-17-025 para proveer 137 cargos de Defensor de Familia-Código 2125, grado 17 de la planta temporal de la entidad, para lo cual se inscribió y radico sus documentos, dentro de los términos previstos y como ubicación del cargo, optó por el centro zonal del Carmen de Bolívar de la Regional Bolívar.

El 11 de septiembre de 2017, el I.C.B.F., dio por terminado anticipadamente la convocatoria de conformidad con lo ordenado en el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, "por medio del cual se suprimió la planta temporal y se modificó la planta personal de carácter permanente de la entidad" y, por lo tanto la incorporación de los cargos debían proveerse de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 909 de 2014. No obstante, la entidad aclaró que realizaría las respectivas validaciones de los nuevos empleos.

El 11 de octubre de 2017, recibió mensajes de datos en su correo, en los que se indicaba que su hoja de vida se ajustaba a los requisitos mínimos establecidos para el cargo aspirado.



13001-33-33-007-2017-00153-01

Al haber superado satisfactoriamente las fases correspondientes a la presentación del cuestionario de vinculación y la prueba jurídica, fue citado el 23 de noviembre de 2017 para la presentación de la evaluación psicotécnica, la cual constaba de una entrevista y una prueba comportamental, siendo esta última de carácter eliminatoria.

Al momento de ser citado para la última etapa del concurso, tenía el puntaje mínimo exigido para ser nombrado en el cargo, tal como lo indica la Nota No. 02 del aviso de convocatoria, teniendo en cuenta que al superar las anteriores pruebas y no habiéndose publicado dichos resultados se presume que en cada una de ellas había obtenido el porcentaje más alto.

El 22 de diciembre de 2017 elevó una solicitud al I.C.B.F., con el fin de obtener información del proceso de selección, petición que fue respondida el 28 de diciembre de 2017 por el Director de Gestión de la entidad, indicándole que no había superado la prueba comportamental y por tal razón no continuaba en el concurso.

Mediante Resolución No. 13707 del 28 de diciembre de 2017, el ICBF nombró en provisionalidad a la señora Adela Pérez Yépez, en el cargo para el cual aspiró el accionante, quien tiene mejor derecho dentro de la convocatoria, por cuanto superó las pruebas para el empleo y era el único que quedaba para el puesto en la ciudad del Carmen de Bolívar.

El proceso de selección en mención ha vulnerado flagrante los derechos fundamentales invocados y los principios rectores de la administración pública y de la actuación administrativa.

b). Pretensiones

El demandante pretende que se amparen sus derechos fundamentales a la petición, igualdad, debido proceso, mínimo vital, trabajo, acceso a cargos públicos y, en consecuencia, se ordene a accionada que en 48 horas proceda a nombrarla en el cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 del Centro Zonal del Carmen de Bolívar, u otro de igual denominación en alguno de los centros zonales de la Regional Bolívar.

c) Contestación

El ICBF se opuso a las pretensiones aduciendo que el accionante confunde un proceso de selección interna orientado a la provisión de empleos de manera provisional, en el cual opera válidamente la discrecionalidad de la



13001-33-33-007-2017-00153-01

entidad, con un concurso de méritos, abierto y público, cuya competencia y desarrollo es del exclusivo resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, orientado a la provisión definitiva y en propiedad de los empleos vacantes.

El presente caso trata sobre una vinculación en provisionalidad al I.C.B.F., y que por lo mismo tiene un desarrollo y tratamiento legal distinto al de un concurso de méritos seguido por la CNSC.

Mediante la expedición del Decreto N° 1479 de 4 de septiembre de 2017 el Gobierno Nacional, dispuso la supresión de todos los empleos pertenecientes a la planta temporal del ICBF creada mediante el Decreto 2138 de 2016.

Señaló que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015 y en la sentencia C-288 de 2015, los nuevos empleos "Planta Global" debían proveerse conforme a lo dispuesto en el artículo 23 y 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.1.

Señaló que mientras se surte el proceso de selección respectivo, el empleo podrá proveerse de manera transitoria a través del encargo de servidores en carrera y si no existen servidores de carrera para proveer el empleo, se podrá efectuar un nombramiento provisional.

En consecuencia, no constituye una violación a los derechos conculcados por el accionante, el haber provisto un empleo público mediante un nombramiento provisional con una persona que superó satisfactoriamente las pruebas realizadas por la entidad, en vez que haberlo hecho a una persona que no aprobó las mismas.

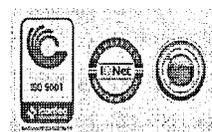
Finalmente, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que existe un proceso ordinario en el que se debe solicitar el resarcimiento de los derechos presuntamente violados.

IV.- FALLO IMPUGNADO (Fs. 148-157).

El A- quo, mediante fallo de 1 de febrero de 2017, negó las pretensiones del actor, en los siguientes términos:

"PRIMERO.- Declarar la improcedencia de la acción de tutela promovida por el señor DANIEL JULIO MORENO identificado con la CC. N° 73.352.104 contra el ICBF.

SEGUNDO.- Negar el amparo del derecho de petición.



13001-33-33-007-2017-00153-01

TERCERO.- Si la presente providencia no es impugnada, envíese a la Corte Constitucional. En evento de ser excluida de revisión, archívese el expediente previa cancelación de su radicado.

Para sustentar su decisión el A-quo afirmó que quedó probado que la convocatoria N° PT-DF3-2125-17-025 finalizó de manera anticipada, debido a que los cargos temporales ofertados fueron suprimidos mediante el Decreto 1478 de 2017; por lo anterior, la convocatoria perdió su razón de ser.

La terminación anticipada del proceso de selección, conlleva a que no sea posible derivar derecho alguno del mismo.

Precisó que el ICBF, en la misma comunicación en la cual informó sobre terminación anticipada de la convocatoria, anunció que realizaría las validaciones de las hojas de vida para efectos de provisión de los nuevos empleos creados con el Decreto 1478 de 2017, lo cual permitió considerar que la hoja de vida al actor se ajustaba al manual de funciones y lo citó para presentar varias pruebas.

Por lo anterior, la accionada para efectos de proveer de manera provisional los nuevos cargos creados, se sirvió de las distintas etapas programadas para la convocatoria PT-DF3-2125-17-025, no obstante, no es el mismo proceso de selección, por lo tanto, la actuación desplegada por la administración es razonable y proporcional.

Respecto a la vulneración del derecho de petición, señaló que el ICBF dio respuesta de fondo a la solicitud elevada por el actor el 22 de diciembre de 2017.

Como no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, declaró improcedente la acción de tutela.

V.- IMPUGNACIÓN (FLS. 160-162)

La parte accionada impugnó la sentencia de primera instancia, alegando que el A-quo no examinó los hechos ni antecedentes que motivaron la tutela, por lo que se limitó a estudiar la procedencia o no de la tutela pasando por alto el criterio adoptado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-308 de 2006 de acuerdo con el cual "*sí procede frente al concurso de méritos cuando la conducta desplegada por la entidad se puede catalogar irrazonable o desproporcionada y además, cuando se configura un perjuicio irremediable*". Así mismo, afirmó que en su caso la



13001-33-33-007-2017-00153-01

conducta del I.C.B.F. no solo es irrazonable y desproporcionada, sino arbitraria y atentatoria de sus derechos fundamentales.

Agregó que la Sentencia de la referencia, pese al propósito y naturaleza que trae consigo la acción de tutela, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparezca o se encuentre superada, la acción pierde toda razón de ser como mecanismo idóneo para la protección judicial, ya que la decisión que pudiese adoptar el juez sería a todas luces inocua y contraria al objetivo principal de la tutela.

Por último, el accionante aclara, que en sus peticiones nunca reclamó derecho alguno por la terminación anticipada del proceso de selección que hizo el I.C.B.F. mediante la Convocatoria No. PT-DF3-2125-17-025, sino que sean respetados los derechos que adquirió en el proceso interno de selección adelantado por el I.C.B.F., en el cual le fue manifestado por la entidad accionada, que su perfil se ajustaba al cargo de Defensor de Familia, habiendo vencido a su competencia directa para el cargo vacante Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, ubicado en el Centro Zonal Del Carmen de Bolívar.

En razón de lo anterior, solicitó que se revoque el fallo de tutela y se protejan sus derechos fundamentales.

VI.- CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

7.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales de la accionante al realizar un nombramiento en

54



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SIGCMA

SENTENCIA No 011/2018
SALA DE DECISIÓN No 002

13001-33-33-007-2017-00153-01

provisionalidad en el cargo para el cual el demandante había optado como plaza en la convocatoria realizada por el ICBF.

La Sala precisará brevemente algunos criterios jurisprudenciales en torno a la acción de tutela y la procedencia de la misma.

7.3. Tesis de la sala

La Sala considera que acción de tutela en estudio es improcedente, toda vez que el actor no agotó los mecanismos de los que disponía frente a los actos administrativos mediante los cuales se nombró provisionalmente en el cargo de Defensor de Familia Código 2125, grado 17. Tampoco se encuentra acreditado la existencia de un perjuicio irremediable, ni vulneración al derecho de petición.

7.4. Marco normativo y jurisprudencial

7.4.1. Procedencia de la acción de tutela.

De acuerdo al artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política" la acción de tutela procede en los siguientes casos:

"...La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito..."

Por otro lado, este mismo Decreto en su artículo 6°, señala las siguientes como causales de improcedencia de la tutela:

"La acción de tutela **no** procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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 encuentre el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o



13001-33-33-007-2017-00153-01

derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."

De acuerdo con lo anterior, por regla general la acción de tutela resulta improcedente cuando existen otros medios de defensa judiciales; tal es el caso de las controversias que puedan surgir de un acto administrativo, los cuales son demandables a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o nulidad electoral.

En el presente caso el demandante pretende que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por la demandada al nombrar en provisionalidad en el cargo para el cual había optado cuando se inició la Convocatoria No. PT-DF3-2125-17-025, que se dio por terminada anticipadamente de conformidad con lo ordenado en el Decreto N° 1479 de 4 de septiembre de 2017.

En caso objeto de estudio no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que el actor no agotó los mecanismos de los que disponía frente al acto administrativo de nombramiento. Tampoco se encuentra acreditado que hubiese hecho uso los recursos ordinarios de los que disponía para controvertir los actos expedidos.

De conformidad con el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, en principio no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias en la medida en que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un cauce procedimental específico para la composición de esta suerte de litigios. Así las cosas, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en este caso, es la prevista para dirimir la controversia planteada a través de los medios de control de nulidad electoral, si el demandante no pretendía establecimiento alguno de derechos, o el de nulidad y restablecimiento del derecho si además de la nulidad formula pretensiones resarcitorias.

Sin embargo, en aplicación del mismo principio de subsidiariedad, el cual establece una excepción a tales recursos ordinarios de amparo, la jurisprudencia constitucional ha reparado en eventos específicos en los que, a pesar de la existencia de un medio de protección, resulta imperiosa la necesidad de intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la materialización de un perjuicio irremediable, circunstancia que



13001-33-33-007-2017-00153-01

indica la falta de idoneidad de los instrumentos habituales en el caso concreto para garantizar la protección del derecho fundamental amenazado.

Adicionalmente, no se encuentra acreditado la existencia de un perjuicio irremediable, que permita estudiar de fondo la acción de tutela.

No sobra agregar que los derechos que hoy reclama el actor no devienen de una presunta vulneración dentro de un concurso de méritos porque, tal y como lo afirmó el A quo, la entidad accionada lo había dado por terminado anticipadamente por razones que en este proceso no se discuten.

Como la acción es improcedente frente a la pretensión de amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, trabajo y acceso a cargos públicos, se confirmarla la sentencia impugnada, en ese sentido.

- Por otro lado, el demandante solicitó el amparo al derecho fundamental de petición, para lo cual afirmó, que mediante el 22 de diciembre de 2017, solicitó vía email lo siguiente¹:

"(...) información con relación al proceso de selección de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17 de la Planta Global creada mediante Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017.

Lo anterior solicitud de información la hago debido a que ya fueron agotadas las etapas del proceso y no conozco los resultados por la no publicación de los mismos por parte de ustedes:

1. Cuestionario de vinculación
2. Prueba jurídica
3. Prueba psicotécnica (prueba comportamental y entrevista) (...)"

El actor afirmó que la entidad demandada dio respuesta a la solicitud el 28 de diciembre de 2017, en resumen, señalándole que con la expedición del Decreto N° 1479 de 4 de septiembre de 2017, se crearon 3.737 empleos, los cuales deberían ser provistos de manera definitiva mediante un concurso de méritos; no obstante, mientras se realiza el concurso, se puede realizar un proceso de selección interno, tal y como lo establece la Ley 909 de 2004, en el que se seleccionen personas que cumplan con el perfil y los requisitos del cargo, de acuerdo con el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales vigente.

¹ F. 40

13001-33-33-007-2017-00153-01

Agregó que el demandante, realizó una prueba psicotécnica que consistía en una prueba comportamental y una entrevista y, que este no aprobó el ítem de comportamiento.

Anotó que el ICBF no está obligado a publicar los resultados de las pruebas que internamente se realicen para proveer de forma provisional unos cargos, como si se tratara de un concurso de méritos "(ver folios 43-44)".

A juicio de la Sala, la entidad dio respuesta de fondo, oportuna y congruente a la petición del demandante, por lo tanto no ha vulnerado su derecho de petición.

Por lo anterior, se confirmara el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

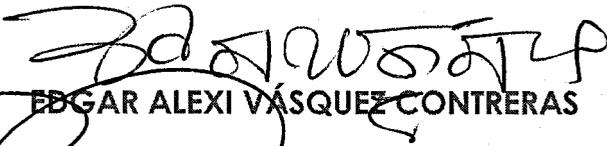
X.- FALLA

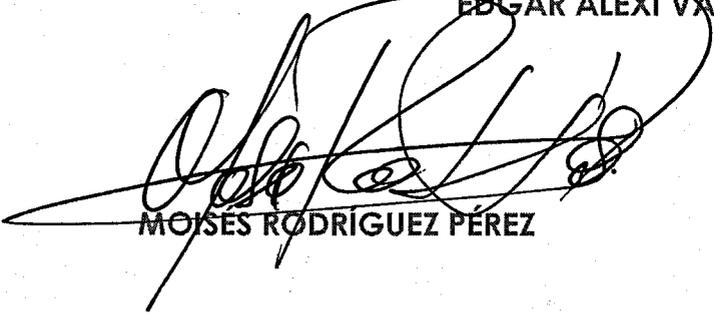
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1º de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia.

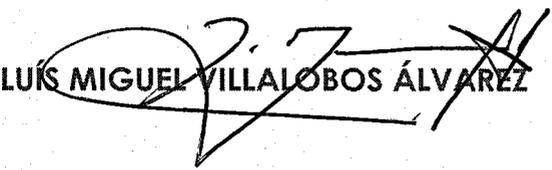
SEGUNDO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ