

TEMA: SUBSIDIARIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA - 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. / **ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO** - Únicamente puede utilizarse este medio como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; de resto, el amparo constitucional resulta improcedente contra ese tipo de actos. /

HECHOS: Decide el Tribunal la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad dentro de la acción de tutela instaurada por Karol Juliet Giraldo Cortes contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el cual se le nombra un cargo en provisionalidad a la actora y se impugna dicha decisión.

TESIS: El amparo tutelar no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procesos consagrados en el ordenamiento jurídico, salvo que resulten ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. (...) La procedencia de la acción no dependerá solamente de la existencia de diversos medios de defensa judicial, pues además debe realizarse el ejercicio de verificar su verdadera eficacia para la protección del derecho fundamental, lo cual, en definitiva, implica efectuar una ponderación entre los mecanismos ordinarios dispuestos por el legislador. (...) Puede concluirse que en aquellos eventos en los que se advierta: a) la posible configuración de un perjuicio irremediable; b) que exista una flagrante vulneración de un derecho fundamental; o c) que el medio ordinario no sea eficaz; resulta posible de acuerdo con las particularidades del caso, que se active la acción de tutela y su carácter de excepcionalidad no sea considerado. (...) La actuación administrativa o vía judicial contenciosa se erigen como los medios idóneos para la defensa de los derechos fundamentales con ocasión del procedimiento administrativo y no así la acción de tutela. (...) La Corte Constitucional indicó que hay 3 eventos en los cuales el mecanismo ordinario de defensa resulta ineficaz: a) que el acto administrativo no sea susceptible de ser sometido a escrutinio judicial, esto es aquellos que sean de trámite o de ejecución; b) urgencia de evitar un perjuicio irremediable que requiera de una intervención inmediata; y c) Planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias de la jurisdicción contencioso administrativa.

MP. NATTAN NISIMBLAT MURILLO

FECHA: 03/10/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE TUTELA



"Al servicio de la Justicia y de la Paz Social"

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA TERCERA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado ponente
NATTAN NISIMBLAT MURILLO

Medellín, tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------|---|
| Proceso: | Acción de Tutela |
| Radicado: | 050013103008202300165001 |
| Accionante: | Karol Juliet Giraldo Cortés |
| Accionado: | Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) |
| Vinculados: | Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otros |
| Tema: | Subsidiariedad de la acción de tutela |
| Decisión: | Revoca sentencia que concedió el amparo y, en su lugar, declara improcedente la tutela. |

ASUNTO POR RESOLVER

Decide el Tribunal la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín¹ el día 1 de septiembre de 2023² dentro de la acción de tutela instaurada por Karol Juliet Giraldo Cortes³ contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en donde se dispuso la vinculación de la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC), Paula Andrea Sierra Mondragón, Cesar Augusto Sepúlveda Patiño, Carolina Gómez García, Luz Stella González Mora, Andrés Felipe Saa Cardona, Maryori Stefania Monroy Marín, Alexandra María Rojas Galeano, Teresa Rodríguez Rodríguez, Judy Smith León Suspes, Camilo Arturo Rozo Gómez, Yenny Marcela Páez Guevara, Aleyda Gutiérrez García y Sara Judith Tapia Fernández.

¹ Expediente digital disponible en [05001-31-03-008-2023-00165-03](#).

² Expediente digital Carpeta 01PrimeraInstancia Archivo41Fallo1a2023-00165TrasladoLaboral.pdf.

³ Expediente digital Carpeta 01PrimeraInstancia Archivo 02EscritoTutela.pdf.

ANTECEDENTES

1. Karol Juliet Giraldo Cortés, actuando en nombre propio, solicitó la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la unidad familiar y al acceso a la carrera administrativa y principio del mérito, presuntamente vulnerados por el ICBF como consecuencia del «*Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar nro. 2149 de 2021 MODALIDAD ASCENSO*» para acceder al cargo de profesional universitario, código 2044, grado 11, identificado con el OPEC 166105.
2. Alegó que, para el momento de interposición de la acción de tutela,⁴ se desempeñaba laboralmente en el ICBF, en el cargo de carrera administrativa denominado como Profesional Universitario Código 2044, Grado 9.
3. Explicó que tiene dos hijas menores de edad y que, al contar con estabilidad económica, solicitó un préstamo al fondo de empleados «*Fonbienestar*», a través del que adquirió un bien inmueble ubicado en esta municipalidad.
4. En el mes de junio de 2021, fue diagnosticada con «*Carcinoma ductal infiltrante de mama derecha cT4bN1M1*» y en el mes de julio de 2022 con «*Nódulo LTI Bethesda VI en tiroides*»; padecimientos que requirieron manejo quirúrgico en el mes de diciembre de 2022 y seguimiento por cirujano de cabeza, cuello y endocrinología.
5. Se presentó a la convocatoria nro. 2149 de 2021 en el proceso de ascenso para el cargo con Código 2044, Grado 11, ocupando el cuarto lugar de la lista de elegibles; por lo que el día 7 de marzo de 2023 solicitó mediante derecho de petición a la Coordinación de Gestión Humana de la Regional Antioquia del ICBF que se le informara el número de empleos con el Código 2044, Grado 11 provistos en encargo, nombramiento provisional o sin proveer, vacantes desiertas, renunciadas y pensionados, con los que contaba la regional para ese momento.

⁴ 11 de mayo de 2023.

6. El 13 de marzo de 2023, recibió respuesta informándole que *«El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Antioquia, dentro de su planta de empleos profesionales universitarios, cuenta con dos cargos Grado 2044; I. uno en vacancia temporal por estar suplido en encargo y, II. el otro, en vacancia definitiva por renuncia que se presentó y que se hizo efectiva conforme a la Resolución No. 0254 del 01 de febrero de 2023».*

7. Por medio de la Resolución nro. 731 del día 9 de marzo de 2023, fue nombrada en ascenso y en periodo de prueba al cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, en el Centro Zonal Penderisco, ubicado en el municipio de Urrao en Antioquia. Nombramiento que *«fue obligada a aceptar con el fin de no perder el nombramiento en ascenso y poder mejorar [sus] ingresos económicos para mejorar [su] bienestar familiar y personal y [su] calidad de vida».*

8. El día 23 de marzo de 2023, solicitó a la directora de Gestión Humana de la Regional Antioquia del ICBF, el nombramiento en ascenso y en periodo de prueba al cargo de carrera administrativa Código 2044, Grado 11; pero esta vez, para el Centro Zonal Nororiental de la Regional Antioquia al encontrarse en vacancia definitiva, y que, en consecuencia, se derogara la Resolución nro. 731. Lo anterior, debido a su situación laboral, familiar y el padecimiento de su enfermedad.

9. La directora de Gestión Humana de la Regional Antioquia del ICBF resolvió desfavorablemente su solicitud.

10. El día 4 de abril de 2023, se vio forzada a aceptar el nombramiento al cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11 en el Centro Zonal Penderisco ubicado en el municipio de Urrao, puesto que de no ser así perdería su calidad de elegible para el ascenso.

11. El día 5 de abril de 2023, solicitó a la administración del ICBF que le fuera prorrogado el término para posesionarse, concediéndole plazo hasta el día 2 de mayo de 2023; sin embargo, que el día 18 de abril de 2023 solicitó nuevamente una extensión, siéndole otorgada hasta el día 5 de junio del año que avanza.

12. Finalmente, expuso que por fuerza mayor le es imposible asumir el nombramiento en el municipio de Urrao, considerando que con su padecimiento de cáncer de mama se le dificultaría el desplazamiento para asistir a controles y seguimientos médicos que requieren de un nivel hospitalario de complejidad III o superior. También, le afecta su estabilidad emocional (y la de sus hijas), su economía y arraigo familiar al tener que vivir sola en un municipio.

13. Solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales; ordenándole al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que modifique la Resolución nro. 731 del día 9 de marzo de 2023, a través de la cual fue nombrada en ascenso y en periodo de prueba en el Centro Zonal Penderisco ubicado en el municipio de Urrao para ocupar la vacante Código 2044, Grado 11; y al contrario, sea nombrada en la vacante disponible en el Centro Zonal Nororiental de la Regional Antioquia para el cargo con Código 2044, Grado 11.

RESPUESTA DE LAS CONVOCADAS

14. Luego de la emisión del auto de «*Cúmplase lo resuelto por el superior, vincula terceros*» por parte del Juzgado de Primera Instancia,⁵ el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y los demás sujetos vinculados -pese a estar debidamente notificados-⁶ no allegaron pronunciamiento sobre los hechos motivo de amparo.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

15. El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín,⁷ concedió el amparo rogado. Mencionó que, en principio, la pretensión constitucional es improcedente para controvertir actos administrativos relativos al traslado de los servidores públicos, por cuanto el medio de control adecuado es la nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante, que se debe analizar cada caso en

⁵ Expediente digital Carpeta 01PrimeraInstancia Archivo 37AutoCumplaseResueltoPorSuperior.pdf.

⁶ Véase archivo 38ConstanciaNotificacionVinculados.pdf, archivo 39InformeCNSConstanciaNotificacionCert.pdf y archivo 40SoporteNotificacionVinculadosICBF.pdf.

⁷ Expediente digital Carpeta 01PrimeraInstancia Archivo41Fallo1a2023-00165TrasladoLaboral.pdf.

concreto y, a partir de ello, decidir sobre la procedencia de la acción de tutela, bien sea de manera definitiva o como mecanismo transitorio.

16. En ese sentido, frente a sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, dadas sus condiciones personales, familiares y de salud, se torna relevante apreciar las condiciones de quien acciona, para justificar que el mecanismo ordinario no resulta eficaz en aras de obtener la salvaguarda del derecho vulnerado.

17. De otro lado, tuvo en cuenta las condiciones de salud de la tutelante («*carcinoma ductal infiltrante de mama derecha cT4bN1M1 con metástasis a esternón, nódulo LTI Bethesda VI en Tiroides, con diagnóstico de compromiso por carcinoma papilar de tiroides, actualmente tratamiento*») y el hecho de que sus dos hijas menores de edad dependen económicamente de ella.

18. Le ordenó al ICBF que, en caso de existir vacantes disponibles y conforme con las reglas del concurso, proceda a nombrar en provisionalidad a la tutelante en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del ICBF – Profesional Universitario 2044, Grado 11, rol nutrición y dietética referencia 12887, ubicado en el Centro Zonal Nororiental de la Regional Antioquia, y de no ser posible, en uno de similar categoría de otra dependencia en Medellín, permitiéndole acceder a una licencia no remunerada en el cargo que fue nombrada en carrera administrativa en el Municipio de Urrao, por el lapso máximo permitido en el ordenamiento jurídico.

LA IMPUGNACIÓN

19. Karol Juliet Giraldo Cortés,⁸ afirmó que el fallo de primera instancia no atiende las circunstancias fácticas del caso, en la medida que se ordenó nombrarla en provisionalidad cuando realmente ostenta derechos de carrera administrativa, participando en la Convocatoria nro. 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso.

⁸ Expediente digital Carpeta 01PrimeraInstancia Archivo 47EscritoImpugnacionActe.pdf.

20. Alegó que el juez confundió las figuras administrativas como el concurso de ascenso, traslado o reubicación, licencia no remunerada y comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción; así como las normas constitucionales y laborales, pues desmejoró sus condiciones de trabajo adquiridas al nombrarla en provisionalidad. Solicitó el nombramiento, pero en carrera administrativa.

21. Por otra parte, ante la Secretaría de este Tribunal la impugnante radicó un escrito⁹ donde solicitó ordenarle al ICBF el nombramiento en carrera administrativa en ascenso, y en la vacante que se encuentra disponible en la ciudad de Medellín para el Cargo 2044, Grado 11, del Centro Zonal Nororiental de la Regional Antioquia.

22. Asimismo, la derogación y anulación de los siguientes actos administrativos: **a)** Resolución 731 del día 9 de marzo de 2023 «*Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba en ascenso y se dictan otras disposiciones*», con la que se le nombró en carrera administrativa en ascenso en el municipio de Urao [...]; y **b)** Resolución 5794 del día 11 de agosto de 2023 «*Por medio de la cual se hace un nombramiento provisional en cumplimiento de un fallo de tutela*», con la que se le nombró en provisionalidad y perdió los derechos de carrera administrativa que ostentaba desde el año 2018.

CONSIDERACIONES

23. Es competente esta Sala para revisar la impugnación presentada, por ser el superior funcional de quien emitió la sentencia de tutela el día primero de septiembre de 2023, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 333 de 2021, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015.

24. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que «*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*».

⁹ Expediente digital Carpeta 02SegundaInstancia Archivo 02MemorialSolicitudAclaracion.pdf.

25. Así las cosas, el amparo tutelar no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procesos consagrados en el ordenamiento jurídico, salvo que resulten ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable.

26. La procedencia de la acción no dependerá solamente de la existencia de diversos medios de defensa judicial, pues además debe realizarse el ejercicio de verificar su verdadera eficacia para la protección del derecho fundamental, lo cual, en definitiva, implica efectuar una ponderación entre los mecanismos ordinarios dispuestos por el legislador (en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido) con la situación del solicitante; superado el análisis, podrá determinarse la posibilidad que tiene la acción de tutela para desplazar a los mecanismos ordinarios.

27. Puede concluirse que en aquellos eventos en los que se advierta: **a)** la posible configuración de un perjuicio irremediable [...]; **b)** que exista una flagrante vulneración de un derecho fundamental [...]; o **c)** que el medio ordinario no sea eficaz; resulta posible de acuerdo con las particularidades del caso, que se active la acción de tutela y su carácter de excepcionalidad no sea considerado.¹⁰

28. En otro orden, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹ se tiene que aquellos de carácter particular y concreto pueden ser controvertidos haciendo uso de los mecanismos judiciales tanto administrativos como judiciales (diferentes a la acción de tutela) para conseguir la protección fundamental de quien se queja.

«(...) Los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados por esta vía cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo (...).»

29. De ese modo, la actuación administrativa o vía judicial contenciosa se erigen como los medios idóneos para la defensa de los derechos fundamentales con

¹⁰ Sentencia T-002 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹¹ Sentencia SU067 de 2022. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

ocasión del procedimiento administrativo y no así la acción de tutela. Únicamente puede utilizarse este medio como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; de resto, el amparo constitucional resulta improcedente contra ese tipo de actos.

30. Para estudiar la subsidiariedad en el caso en concreto, es necesario **a)** establecer si la actora cuenta con mecanismos judiciales ordinarios a través de los cuales pueda deprecar la protección de sus derechos fundamentales, y si esos instrumentos resultan idóneos para brindar una solución eficaz al quebrantamiento o amenaza de los derechos fundamentales que invocó [...]; y **b)** verificar si la accionante realmente detenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional que le permita a la Sala el estudio de fondo de la pretensión formulada.

31. Sobre la controversia de los efectos que tiene el acto administrativo de carácter particular, Resolución 731 del día 9 de marzo de 2023 *«Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba en ascenso y se dictan otras disposiciones»*, señalado por la tutelante le quedaría a nivel jurisdiccional el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, descrito en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que se preceptúa:

«(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel. (...)».

32. En sentencias T-081 de 2022 y SU-067 de 2022 la Corte Constitucional indicó que hay 3 eventos en los cuales el mecanismo ordinario de defensa resulta ineficaz: **a)** que el acto administrativo no sea susceptible de ser sometido a escrutinio judicial, esto es aquellos que sean de trámite o de ejecución [...]; **b)** urgencia de evitar un perjuicio irremediable que requiera de una intervención inmediata [...]; y **c)**

planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias de la jurisdicción contencioso administrativa.

33. En el escrito tutelar, no se expresó la ocurrencia de un perjuicio irremediable pero se dijo que la actora ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional (lo cual en caso de acreditarse podría permitir el estudio de fondo de la pretensión) calidad que Karol Juliet Giraldo Cortés soportó en tres ejes:¹² **a)** tiene dos hijas menores de edad [...]; **b)** adquirió un bien inmueble en la ciudad de Medellín [...]; y **c)** detenta los diagnósticos médicos de «*Carcinoma ductal infiltrante de mama derecha cT4bN1M1*» y «*Carcinoma papilar de tiroides patrón clásico*».

34 Estas situaciones por sí solas, en criterio de la Sala, no son constitutivas de la calidad que invoca:

35. Ser madre de dos hijas menores de edad: El juzgado de conocimiento estimó que la accionante era cabeza de hogar, y que sus dos hijas dependían –en términos económicos- única y exclusivamente de aquella.

35.1 No obstante, la anterior conclusión fue lanzada sin algún tipo de soporte o apreciación de las pruebas. Pues véase que la tutelante en su escrito ni siquiera afirmó que era madre cabeza de hogar y de los documentos adosados al expediente tutelar se extrae una deducción divergente a la del juez de primera instancia.

35.2 De los registros civiles de nacimiento de las menores IJG y ANJG¹³ se colige que ambas son hijas de Karol Juliet Giraldo Cortés y Carlos Andrés Jaramillo Arcila. Por demás, en la historia clínica expedida por Clínica Vida¹⁴ se refiere textualmente que la accionante «(...) *reside en Medellín (...) casada, 2 hijos, nutricionista, asiste con su esposo*». Hechos, que determinan que la impugnante no tiene la condición de madre de cabeza de familia al estar casada, dejando de acreditar que: **a)** tiene la responsabilidad permanente de sus hijas menores [...]; **b)** no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia [...]; y **c)** su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó su hogar o se demuestra que esta se sustrae del

¹² Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 02EscritoTutela.pdf.

¹³ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 7 a 8).

¹⁴ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 17 a 25).

cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.¹⁵

36. Adquirir un bien inmueble: De por sí, no se logra comprender lo verdaderamente pretendido por la tutelante al enunciar este hecho respecto a la calidad que pretende. Empero, de la revisión del folio de matrícula inmobiliaria nro. 001-583197 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín zona sur,¹⁶ se extrae en su anotación nro. 17 que los titulares del derecho real de dominio son en común Karol Juliet Giraldo Cortés y Carlos Andrés Jaramillo Arcila, y no únicamente la tutelante.

36.1 También, cuando la actora indicó que «(...) [solicitó] préstamo en el Fondo de empleados FONBIENESTAR, del cual presento certificado de deuda (...)», se observa que con el certificado allegado¹⁷ no se da constancia de tal situación, pues véase que dicho documento carece de lugar de origen, fecha de elaboración, firmas autorizadas y sellos habilitados, para establecer con toda claridad la situación crediticia que asegura.

37. Diagnósticos médicos de la actora: Probablemente el argumento más considerable y significativo para demostrar la calidad invocada. Según la historia médica expedida por la Clínica Vida el día 13 de febrero de 2023¹⁸ (que da cuenta del estado de salud de Karol Juliet Giraldo Cortés desde el día 19 de julio de 2021), a aquella le fueron diagnosticadas dos enfermedades: «*Carcinoma ductal infiltrante de mama derecha cT4bN1M1*» en el año 2021 y «*Nódulo LTI Bethesda VI en tiroides*» en el año 2022.

37.1 La Sala no minimiza o subestima los padecimientos de la tutelante, que además están catalogados como enfermedad catastrófica y ruinosa por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; no obstante, el Juzgado de Primera Instancia enfatizó en la Sentencia T-805 de 2013 para reforzar la supuesta calidad de sujeto de especial protección constitucional, sin considerar que las situaciones

¹⁵ Sentencia T-003 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁶ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 10 a 16).

¹⁷ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fl. 9).

¹⁸ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 17 a 25).

de hecho y de derecho tratadas en esa providencia distan de las que hoy se presentan.

37.2 En aquel caso,¹⁹ en ejercicio del *ius variandi*, una docente en propiedad, solicitó el traslado de su puesto de trabajo sustentada en certificaciones expedidas por los galenos tratantes, las cuales demostraban la obligación de someterse a revisiones, controles médicos y terapias dos veces a la semana, la Corte Constitucional concluyó que sí procedía la acción de tutela ante la debilidad manifiesta en la que se encontraba la demandante, ya que, según su prescripción, requiere constante tratamiento.

37.3 En el caso de Karol Juliet, no se predica la facultad del *ius variandi*, ni se está tratando sobre el traslado de su puesto de trabajo, ya que ni siquiera se ha posesionado en el cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, en el Centro Zonal Penderisco ubicado en el municipio de Urrao; y tampoco presentó certificaciones médicas de las que se pueda deducir la incapacidad de ejercer su trabajo fuera de la ciudad.

37.4 En la historia médica expedida por la Clínica Vida, puede cerciorarse que la accionante, a raíz de su enfermedad, durante el periodo comprendido entre el 19 de julio de 2021 al 13 de febrero de 2023 asistió dieciséis veces a consulta médica, práctica de exámenes o terapias (fechas: 19/07/2021, 07/02/2022, 29/04/2022, 16/03/2022, 13/04/2022, 29/04/2022, 02/05/2022, 23/06/2022, 28/06/2022, 18/07/2022, 01/02/2023, 20/01/2023, 07/02/2023 y 13/02/2023); debe hacerse énfasis en que en el año que transcurre –según las pruebas aportadas- la actora asistió a cuatro consultas médicas, práctica de exámenes o terapias, en donde la última de ellas (13 de febrero de 2023) se anunció que la siguiente cita sería en dos meses: «(...) Cita con oncología clínica en 2 meses con laboratorios control (...)».²⁰

37.5 En el «concepto médico oncología»²¹ emitido por el especialista Dr. Andrés Córdoba, se estableció «(...) sugiero residencia en Medellín donde se conoce su proceso en todas estas especialidades (...)». Sobre este enunciado, la Sala lo advierte como una mera sugerencia y no una orden médica como tal, toda vez que

¹⁹ Sentencia T-805 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁰ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fl. 23).

²¹ Expediente digital Carpeta 01PrimerInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 68 a 73).

el médico tratante, lejos de proponer algún sustento técnico o científico a su «*sugerencia*», se circunscribió a realizar un recuento histórico de la situación de salud de la accionante (la cual previamente se encuentra arrojado en la historia clínica), sin comprobar que Karol Juliet Giraldo Cortés actualmente está sometida a un tratamiento médico con una periodicidad semanal o mensual, o que siquiera requiera de un hospital de tercer nivel como lo mencionó en el escrito tutelar.

38. La conclusión es que la tutelante, pese a su diagnóstico de enfermedad catastrófica o ruinosa (el cual es protegido en casos en donde se ve vulnerado el derecho fundamental a la salud) no logró acreditar que en la actualidad está sometida a un tratamiento médico para el control de su enfermedad con una periodicidad semanal o mensual del que requiera asistir constantemente a un centro médico; menos aún probó que sus padecimientos requieran de un hospital de tercer nivel.

39. Luego, en principio no se cumpliría uno de los 3 factores de ineficacia de los medios ordinarios, esto es, la ocurrencia de perjuicio irremediable. Pero sí se configuran los otros 2, por un lado, la Resolución 731 del día 9 de marzo de 2023 indica en su Artículo Séptimo que es un acto administrativo de ejecución, por lo cual carece de recursos en sede gubernativa (art. 75 Ley 1437 de 2011) y como ha indicado la Corte Constitucional también está privado de ellos en lo judicial.²²

40. Por otra parte, al contrastar el objeto de ese medio judicial respecto del objeto de la protección pretendida, se observa que el mecanismo ordinario se ve desbordado, en tanto Karol Juliet Giraldo Cortés no discute la legalidad de los actos administrativos emitidos, sino que la aplicación de las normas de la convocatoria 2149 de 2021 a su caso en particular lesionan sus derechos fundamentales.

41. Si bien, la accionante menciona en el libelo genitor que en este caso se inaplicó el artículo 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004, tal y como fuera modificado por la Ley 1960 de 2019, que permite el uso de listas de elegibles para cubrir vacantes definitivas de cargos idénticos o equivalentes no convocados inicialmente a concurso, y lo previsto en el artículo 8 del párrafo 4 del Acuerdo 2081 de 2021 de

²² Sentencia T-182 de 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

la CNSC, relativo a la calidad meramente indicativa de las vacantes ofertadas, punto que por su calidad meramente legal podría resolver el juzgado administrativo.

42. Se omite reseñar que, según el artículo 24 del Acuerdo 2081, norma rectora del concurso, el beneficio contemplado en el artículo 31 de la Ley 909 es únicamente para quienes se inscribieron al concurso de méritos en la modalidad abierta, no para quienes lo hicieron en ascenso.

43. Es decir que si Karol Juliet Giraldo Cortés formulara su acción ante los juzgados administrativos, estos se verían desbordados puesto que el éxito de la pretensión de nulidad simple o con restablecimiento de derecho, implicaría la inaplicación en su caso particular del parágrafo 1 del artículo 24 del Acuerdo 2081 de 2021, en tanto esta, al parecer, resulta contraria a sus derechos fundamentales a la unidad familiar, salud, e integridad personal de, quien quiere tomar una vacante diferente a aquella para la cual concursó en modalidad ascenso.

44. En ese sentido, se debe concluir que los mecanismos judiciales ordinarios no son eficaces por tratarse la Resolución 731 del día 9 de marzo de 2023 de un acto de ejecución, y buscarse con esta tutela la inaplicación de las normas del concurso para la obtención del derecho pedido por la accionante.

45. Dicho eso, se tiene que, según lo dicho por la Corte Constitucional en sentencias T – 1098 de 2004, T – 1266 de 2008, T – 160 de 2018, T – 438 de 2018 y SU – 067 de 2022, para inaplicar una norma del concurso en un caso concreto debe fallar una de cuatro condiciones: **a)** advertencia previa y adecuada de las condiciones [...]; **b)** proceso de selección adelantado en igualdad de condiciones [...]; **c)** justificación objetiva de la decisión tomada [...]; **d)** razonabilidad y proporcionalidad de la decisión tomada.

46. En este caso, se observa que en el acto de convocatoria se expresó que la Convocatoria nro. 2149 de 2021 fue de tipo mixto, es decir, incluyó vacantes tanto en ascenso, para los empleados del ICBF exclusivamente, como en ingreso para cualquier persona en general.

47. En lo que interesa a este asunto, se ofertó el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, para ser ejercido en *DIRECCIÓN REGIONAL –Centro Zonal*, en el rol de NUTRICIÓN Y DIETÉTICA en la modalidad ascenso, con el código OPEC 166105.²³

48. En el artículo 24 del Acuerdo 2081 de 2021 de la CNSC se dijo que las listas de elegibles se usarían para proveer las vacantes ofertadas, y aquellas generadas en cargos iguales o equivalentes no convocados en los términos descritos en: **a)** el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, versión modificada por la Ley 1960 de 2019 [...]; **b)** el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, según modificación del Decreto 498 de 2020, [...]; **c)** el acuerdo CNSC-0165 de 2020, tal y como fuera reformado por el acuerdo CNSC-0013 de 2021.

49. El párrafo de la regla 1, apenas mencionada, reza literalmente: «*En el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso los correspondientes elegibles para los empleos ofertados en esta modalidad tienen derecho a ser nombrados solamente en las vacantes ofertadas en el mismo proceso*».²⁴

50. Por otro lado, el artículo 2 numeral 10 del acuerdo CNSC-0165 de 2020,²⁵ punto que no fue reformado por el acuerdo CNSC-0013 de 2021,²⁶ expresa lo siguiente: «*Los elegibles cuya posición en la lista adquiera firmeza individual, tienen derecho a ser nombrados en las vacantes convocadas o en nuevas vacantes del mismo empleo o de empleos equivalentes, precisando que en los concursos de ascenso los elegibles tienen derecho a ser nombrados solo en las vacantes ofertadas en el mismo concurso*».

51. Es decir, Karol Juliet Giraldo Cortés y todos los demás participantes en la Convocatoria nro. 2149 de 2021 sabían o debían saber que el concurso en su modalidad ascenso estaba limitado a las vacantes expresamente ofertadas.

23 Verificado en <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo>, perfil y funciones de la OPEC 166105 disponible en <https://simo.cnsc.gov.co/documents/get-document?docId=391334559&contentType=application/pdf>. Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

24 Verificado en https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-10/acuerdo_de_convocatoria_no_2081_de_2021-icbf.pdf Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

25 Verificado en <https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-08/acuerdons0165de2020-1.pdf> Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

26 Verificado en: https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-08/acuerdo_20211000000136_2021.pdf Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

52. Luego, para el caso de la OPEC 166105, la accionante sabía que podría acceder únicamente a los sitios expresamente indicados en la convocatoria a saber: **a)** Pamplona, Norte de Santander [...]; **b)** Bosa, Bogotá [...]; **c)** Fonseca, La Guajira, [...]; **d)** Pacho, Cundinamarca [...]; **e)** Santafé, Bogotá [...]; **f)** Buenaventura, Valle del Cauca, [...]; **g)** Rionegro, Antioquia [...]; **h)** Villanueva, Casanare [...]; **i)** Urrao Antioquia [...]; **j)** Santa fe de Antioquia, Antioquia y **k)** Popayan, Cauca.²⁷

53. Según los registros civiles de las menores IJG y ANJG,²⁸ estas contaban para el año 2021, momento en que se hizo la inscripción al concurso, con las edades de 13 y 5 años, luego la accionante era consciente de los cambios que podía reportar en su situación de vida el hecho de que ninguna de las vacantes ofertadas por el ICBF estuviera en la ciudad de Medellín, que es donde tenía y tiene su residencia conyugal con Carlos Andrés Jaramillo Arcila y familiar con sus hijas.²⁹

54. En tal virtud, es evidente que las limitaciones y afectaciones que podría soportar Giraldo Cortés de superar todas las fases del concurso le eran conocidas, fueron debidamente publicitadas, y debieron ser tomadas en consideración al momento de optar por presentarse a la Convocatoria nro. 2149 de 2021, dado que no obra que la voluntad de participar en ese concurso de méritos haya estado mediada por alguna afectación.

55. Asimismo, también le fue reportada a la tutelante y los demás participantes en la OPEC 166105 y en el Proceso de Selección para el ICBF, que el método de asignación de plazas sería por audiencia pública, tal y como reguló el artículo 31 del Acuerdo 2081 de 2021 de la CNSC, diligencia que se tramitaría en la forma regulada por el Acuerdo CNSC-0166 de 2020,³⁰ el cual fuera modificado por el Acuerdo CNSC-236 de ese año.³¹

²⁷ Verificado en: <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo> con el número de la OPEC. Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

²⁸ Expediente digital Carpeta 01PrimeralInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 7 a 8).

²⁹ Expediente digital Carpeta 01PrimeralInstancia Archivo 03AnexosTutela.pdf (fls. 10 a 16).

³⁰ Verificado en: <https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-08/120201000001666acuerdo166audienciaspublicas.pdf> Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

³¹ Verificado en: <https://www.cnsc.gov.co/sites/default/files/2021-08/acuerdo02362020.pdf> Enlace consultado el 3 de octubre de 2023.

56. Según los artículos 4 y 5 del Acuerdo CNSC-0166, luego de citada la audiencia de escogencia de vacantes por Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO), quienes integran la lista de elegibles tienen tres días hábiles para enviar por medio del aplicativo tecnológico dispuesto por la CNSC la o las vacantes a las que quiera aplicar, indicadas en orden de preferencia, según su posición en la lista de elegibles.

57. Para explicarlo con el caso de la OPEC 166105, esta se componía de 11 cargos, luego el primero de la lista podía solicitar todas las vacantes, mientras que el segundo 10 puestos, el tercero 9 puestos, y así sucesivamente hasta que se agotara la lista.

58. En caso de que la persona no hiciera la organización de las vacantes o no escogiera alguna en particular, la entidad sortearía el orden de preferencia o la vacante en la cual ubicar a la persona, y si el participante no formulaba alguna opción dentro del plazo de tres días, el participante no tendría oportunidad adicional para realizar la asignación.

59. Al finalizar la audiencia, se conforma un listado para cada empleo, con las personas que seleccionaron cada vacante, y con este se haría el nombramiento en período de prueba.

60. Es decir, que en este caso, Karol Juliet Giraldo Cortés y todos los demás concursantes de la Convocatoria nro. 2149 de 2021 eran conscientes de las reglas de la Audiencia Pública de Escogencia de Vacante.

61. De ahí que se pueda considerar que la accionante fue debidamente advertida de forma previa y adecuada de las condiciones en que participaba para la OPEC 166105, y este fue adelantado en igualdad para todos los participantes, puesto que no se evidencia que, en el caso particular de la tutelante, o en el cargo para el cual participó se haya ejecutado algún cambio en el procedimiento.

62. Asimismo, se encuentra que la mención hecha en el hecho DÉCIMO QUINTO de la tutela carece de toda prueba que la soporte, en tanto no se acreditó de ninguna forma que el ICBF o el CNSC hayan expresado de alguna manera que si no escogía

una plaza, la accionante «*perdía la calidad de elegible para el ascenso*», y de hecho, asumiendo que eso se hubiera probado, esto sería contrario a las normas del concurso, puesto que, como se expuso en precedencia, el efecto de que el concursante no seleccionara una vacante era la realización de un sorteo por la entidad para asignar una.

63. La afirmación mencionada hace tabula rasa de las limitaciones que el concurso de ascenso desde su planteamiento reguló, esto es, que los concursantes únicamente podían aplicar a las vacantes ofertadas de las cuales solamente tres estaban en el departamento de Antioquia y ninguna en la ciudad de Medellín. **(52).**

64. Tampoco se hace mayor indicación acerca de lo sucedido en la audiencia en particular, esto es, lo ocurrido dentro de ella, los puestos de trabajo seleccionados por los integrantes de la lista, si hubo necesidad de conformar listados por cada cargo, si Karol Juliet Giraldo Cortés quedó en segundo lugar para alguno de las otras vacantes en Antioquia.

65. Al juntar todos los argumentos aquí reseñados se observa que el ICBF y la CNSC tomaron una decisión justificada, objetiva, razonable y proporcional acorde a las reglas del concurso, decantadas con anterioridad **(46 – 50, 52, y 55 – 59)**, y que en este caso la tutelante pretende inaplicar las normas de la Convocatoria nro. 2149 de 2021, que conocía y eran iguales para todos los participantes, sin ningún fundamento.

66. Debe reiterarse que, tal y como se expuso en precedencia **(35 – 37)**, no se evidenció la ocurrencia de una situación de especial indefensión actual respecto de Giraldo Cortés con la cual considerarla un sujeto de especial protección, ni tampoco aparece la afectación de algún interés fundamental.

67. Si aún con todo lo anterior se estima que la decisión sería, honesta, libre y voluntaria de la tutelante de participar en un concurso de méritos que no ofertaba puestos en Medellín, y de escoger uno de los cargos que expresamente fueron propuestos, puede derivar en afectaciones de su unidad familiar y su derecho a la salud, hay sendas limitaciones probatorias que impiden llegar a esa conclusión.

68. Dentro del plenario no se acreditó en modo alguno que el municipio de Urrao carezca de centros de salud para el manejo de la enfermedad de la accionante en el estado actual, en el cual se encuentra, y tampoco que el único sitio en donde estos se localicen sea en Medellín. Salvo el mero dicho de Karol Juliet Giraldo Cortés esa aseveración está totalmente desprovista de pruebas.

69. Aunado a ello, tampoco hay ninguna prueba dentro del plenario de que el mecanismo administrativo ordinario sea ineficaz para las pretensiones de la actora, esto es, tomar posesión del cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, en el Centro Zonal Penderisco ubicado en el municipio de Urrao, y posteriormente hacer uso de los «*movimientos de personal*» de que tratan los artículos 2.2.5.4.1 y siguientes del Decreto 1083 de 2015,³² estos son, el *traslado o permuta* y la *reubicación*:

«(...) **Artículo 2.2.5.4.2** *Traslado o permuta.* Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño. (...)»

«(...) **Artículo 2.2.5.4.6** *Reubicación.* La reubicación consiste en el cambio de ubicación de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo.

La reubicación de un empleo debe responder a necesidades del servicio y se efectuará mediante acto administrativo proferido por el jefe del organismo nominador, o por quien este haya delegado, el cual deberá ser comunicado al empleado que lo desempeña (...)».

70. De hecho, tampoco se evidencia que Giraldo Cortés haya hecho uso de los medios que el ordenamiento le da para la defensa administrativa de sus intereses, solamente se observa que dicha persona usa la tutela como un mecanismo principal para doblar las reglas del concurso en la manera que mejor conviene a sus intereses sin tomar en cuenta los requisitos legales y jurisprudenciales expuestos abundantemente.

³² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

71. Sin más consideraciones, se impone revocar en su totalidad el fallo de tutela proferido el 1 septiembre de 2023 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

72. Como consecuencia de lo anterior, y siguiendo lo previsto en el artículo 2.2.3.1.1.6 del Decreto 1069 de 2015 Único Reglamentario del Sector Justicia, corresponde dejar sin efectos jurídicos todas las acciones que hayan ejecutado el ICBF y la CNSC para el desarrollo de la sentencia revocada, en particular pierde validez la Resolución 5794 del día 11 de agosto de 2023 «*Por medio de la cual se hace un nombramiento provisional en cumplimiento de un fallo de tutela*» emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y las cosas deben retornar estado en el que se encontraban antes del inicio de esta acción.

73. Las partes informaron direcciones de correo electrónico, por lo que se ordenará notificar el presente fallo en la forma prevista en el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022, y los términos se contabilizarán en la forma ordenada en la sentencia SU-387 de 2022 proferida por la Corte Constitucional.³³

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Civil**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el día primero de septiembre de 2023 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín; y en su lugar, declarar **IMPROCEDENTE** el amparo constitucional solicitado por Karol Juliet Giraldo Cortés, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que deje sin efectos jurídicos la Resolución 5794 del día 11 de agosto de 2023 «*Por*

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-387 de 2022, Magistrada Ponente Dra. Paola Andres Meneses Mosquera.

medio de la cual se hace un nombramiento provisional en cumplimiento de un fallo de tutela» y cualquier otra decisión adoptada como consecuencia de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: NOTIFICAR el fallo a los interesados y al juzgado de instancia en la forma prevista en el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022 (artículo 30 del Decreto 2591 de 1991).

PAR: EXHÓRTESE a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para que a través de su aplicativo de envío de correos masivos notifique el contenido de esta providencia a Paula Andrea Sierra Mondragón, Cesar Augusto Sepúlveda Patiño, Carolina Gómez García, Luz Stella González Mora, Andrés Felipe Saa Cardona, Maryori Stefania Monrroy Marín, Alexandra María Rojas Galeano, Teresa Rodríguez Rodríguez, Judy Smith León Suspes, Camilo Arturo Rozo Gómez, Yenny Marcela Páez Guevara, Aleyda Gutiérrez García y Sara Judith Tapia Fernández.

CUARTO: REMÍTASE el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 del decreto 2591 de 1991), en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 y lo decidido por la Sala Plena de esa corporación en relación con el envío por medios electrónicos.

Proyecto discutido y aprobado en Sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Sala de Decisión,

NATTAN NISIMBLAT MURILLO

ALBA LUCÍA GOYENECHÉ GUEVARA

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

M.B.P.

Firmado Por:

Nattan Nisimblat Murillo
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Martha Cecilia Ospina Patiño
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Alba Lucia Goyeneche Guevara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ed8914e81f8c7011e2cc20e6fb55394d1493c31aa9284b609eb55a4cb2f06734**

Documento generado en 04/10/2023 10:48:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>