



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Neiva, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

ACCIONANTE: GUSTAVO ADOLFO CHAVEZ BUENDIA
RADICACION: 410014189002-2020-00386-00
ACCIONADAS: HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA
ASUNTO: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

Decidir la impugnación propuesta por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo contra la sentencia del 2 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Neiva.

ANTECEDENTES

Menciona el accionante que participó en la convocatoria 426 de 2016, ocupando el puesto 96 de la lista de elegibles, confirmada mediante resolución 20182110174295 del 5 de diciembre de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer 70 vacantes del empleo denominado Auxiliar Área de la Salud, Código 412, Grado 11.

Refiere que la accionada ha realizado el nombramiento de 67 personas en el empleo referido denominado Auxiliar Área de la Salud, Código 412, Grado 11, desconociendo su derecho al estar ubicado en el puesto 96 de la lista de elegibles.

Pone de presente que varios compañeros interpusieron acción de Tutela con el fin de obtener su nombramiento pudiendo destacar la radicada bajo el No. 4100-31-09-03-2020-00006-00, del Juzgado Tercero Penal Del Circuito con función de conocimiento de la ciudad, profiriéndose además varios fallos a favor de los accionantes.

Refiere que a pesar de que en los fallos tutela proferidos se hace énfasis en ordenar a la ESE accionada, proceder a hacer uso de la lista de elegibles y a pesar de que se trata de casos idénticos, a la fecha de promover la presente acción, no ha sido convocado para adelantar el trámite de su nombramiento.

Admitida la tutela, se dispuso vincular a las personas que se encontraban ocupando el registro de elegibles al igual que los nombrados en los cargos de auxiliar de servicios de salud

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, indico que en el marco del proceso de selección 426 de 2016, el Hospital, ofertó 70 vacantes para proveer el empleo de nivel asistencial, denominado Auxiliar del Área de la Salud Código 412 Grado 11, que agotadas las fases mediante Resolución No. CNSC.0182110174295 del 5 de diciembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que cobró firmeza el 30 de enero de 2019, por lo tanto, estará vigente hasta el 29 de enero de 2021.

HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO, informó que el accionante ocupó la posición 96 en la lista de elegibles conformada mediante Resolución 20182110174295 del 5 de diciembre de 2018

Afirma que, en cumplimiento a lo anterior, esa entidad realizó los nombramientos en periodo de prueba de todos los elegibles en estricto orden de mérito para proveer las vacantes ofertadas en la OPEC 30646 que correspondieron a 70 vacantes y la OPEC 29386 que correspondieron a 6 vacantes.

Se realizaron 17 nombramientos en provisionalidad con posterioridad a la lista de elegibles OPEC 30646, estos se hicieron bajo el amparo de la Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015 y de las condiciones pactadas en la convocatoria 426 de 2016, puesto que, aunque se haya producido vacantes con posterioridad a la firmeza de esta lista, no corresponden a las vacantes ofertadas en el concurso. Pone de manifiesto que dentro de los 19 nombramientos provisionales 1, se realizó en cumplimiento de una decisión Judicial fallo de Tutela, por encontrarse la señora Nohora Fernanda Escobar en condición especial de pre pensionable.

Los derechos fundamentales invocados por el actor, no han sido vulnerados, como quiera que la posición ocupada en la lista de elegibles no le permitió acceder a los 70 cargos ofertados en la convocatoria, recalcando que la lista de elegibles solo procede respecto de los cargos que fueron ofertados en la convocatoria y no sobre los que no fueron ofertados, aunque resulten vacantes con posterioridad al concurso

SENTENCIA

El 2 de octubre de 2020, el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y competencias Múltiples de Neiva tuteló los derechos invocados por el señor Gustavo Adolfo Chávez Buendía; ordenó al Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, a través de su Representante Legal y/o quien haga sus veces, para que en el término las 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, si aún no lo ha hecho, proceda a hacer uso de la Resolución No. No. 20182110174295 del 5 de diciembre de 2018, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la que cobró firmeza el 30 de enero de 2019, vigente hasta el 29 de enero de 2021, que estableció la lista de elegibles para proveer el empleo de carrera identificado con el código 412 Grado 11, código OPEC 30646, debiendo realizar el nombramiento en estricto orden de mérito al actor en una de las 67 vacantes, generadas con posterioridad a la convocatoria 426 de 2016 y que se encuentran provistas en provisionalidad, realizando los trámites administrativos a que dé lugar.

IMPUGNACION

Expone el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, tres aspectos en los cuales basa su inconformidad:

1.En lo relacionado con el principio de inmediatez, el accionante tuvo más de 13 meses para acudir a la administración de justicia, tardanza injustificada que no cumple el principio de inmediatez que rige la acción de tutela.

2. En lo atinente al principio de subsidiariedad, el accionante tuvo la oportunidad de demandar ante la jurisdicción administrativa en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, para plantear las supuestas irregularidades de los nombramientos de personas en el cargo para que concurso en provisionalidad y que le ha quitado la oportunidad para ser nombrado en periodo de prueba.

3.El Hospital Universitario mediante el Acuerdo No.015 de 2018. Creó 50 vacantes para Auxiliar del área de la salud, las vacantes fueron provistas conforme lo estipulado en la Ley 909 de 2004, sin que para la fecha de los respectivos nombramientos estuviera la lista de elegibles vigente, al igual que esos cargos no hacen parte de los ofertados en la convocatoria No.426 de 2016.

Se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo No.491 de 2020, en donde se establecen los nombramientos de personas que han calificado en la lista de elegibles, refiriendo que las mismas se pueden nombrar y posesionar vía correo electrónico, al igual indica que mientras dure la pandemia estarán en periodo de inducción y que una vez finalice la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Covid 19, iniciaran su periodo de prueba; advirtiéndose que conforme la situación del sector salud frente a este flagelo, tiene que contar con personal con experiencia.

CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 1382 de 2000, es competente el Juzgado para conocer de la acción de tutela bajo estudio, por tener jurisdicción en el lugar donde produce efectos la presunta violación o amenaza que motivó la solicitud y ser el superior funcional del juzgado de primera instancia.

2.- El problema jurídico se centra en establecer si deben revocarse las sentencias del A quo

3.- La tesis del despacho será la de confirmar la sentencia proferida en primera instancia. Las razones de la decisión son las siguientes:

4.-Inmediatez en la acción de tutela

(...)

Así, la sentencia T- 243 de 2008 matizó las reglas que se deben tener en cuenta para determinar la razonabilidad del tiempo de interposición, al establecer que se requiere evidenciar: (i) que exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) que la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) que el fundamento de la acción de tutela haya surgido después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.

2.5. En efecto, la procedibilidad de la acción de tutela está condicionada a la inmediatez de su interposición, ya que aunque este mecanismo constitucional no está sujeto a un término específico, tampoco es indefinido en el tiempo. Su admisibilidad entonces, depende de la valoración del juez frente a los elementos expuestos: justo, oportuno y razonable, y de los supuestos fácticos¹

5.-Subsidiariedad de la acción de tutela.

(...)

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad^[33]:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

1 Sentencia T-244 de 2017 M.P. Dr.José Antono Cepeda Amarís.

14. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

15. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.²

6.-Lista de elegibles

“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos.

En desarrollo de esta postura, la Corte ha explicado que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración:

“cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular

² Sentencia T-375 de 2018. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos ‘se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo al as leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)’. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. (...)

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio –Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular –Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, el acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido el mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconstituyen dichas listas sin existir justo título que así lo autorice”.³

5. Caso Concreto

El señor Gustavo Adolfo Sánchez Buendía, se tiene que participó en la convocatoria No. 426 de 2016, para proveer el cargo de Auxiliar de Servicios de Salud código 412 grado 11.

Para el presente caso se verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional:

- (i) *que exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes;*

El accionante estaba a la espera del concepto que emitiera la Comisión Nacional del Servicio Civil en cuanto al nombramiento en el cargo de las personas que había participado en la Convocatoria, al igual que la vigencia de la lista de elegibles.

3 C.Const. Sent. T-156 de 2012. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

(ii) *que la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión*

Para el presente asunto, se trata de acceder a un cargo de Auxiliar de Servicios de Salud, ofertados por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, para lo cual conforme lo manifiesta el accionante para suplir las vacantes se han nombrado personas en provisionalidad que no participaron de la convocatoria, teniéndose que con esta demora se está violando el derecho al trabajo y una vida digna al accionante.

(iii) *iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;*

Indica el accionante, que ya se han pronunciado despachos judiciales de este distrito, en donde se han amparado los derechos de los participantes en la convocatoria y han sido nombrado por orden de tutela en el cargo de Auxiliar de Servicio de Salud, al igual que como lo pone de presente había solicitado mediante derecho de petición de fecha 15 de julio de 2020, su nombramiento en la planta de personal del establecimiento hospitalario.

iv) *que el fundamento de la acción de tutela haya surgido después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.*

Basa la acción de tutela, en el no nombramiento en el cargo de auxiliar de servicios de salud, pese a encontrarse dentro de la lista de elegibles producto de la convocatoria 426 de 2016 y que quedo en firme en el año 201, de donde se tiene que se está vulnerando su derecho al trabajo, al haberse presentado al concurso y haber pasado el mismo, en donde se le generaron expectativa para ser nombrado en el cargo ofertado.

En cuanto a la subsidiariedad del tramite constitucional se tiene, que le asiste al accionante acudir ante la jurisdicción administrativa, sin embargo es un trámite que demande amucho tiempo en su resolución, y ya han pasado dos años desde que quedo conformando la lista de elegibles para el cargo de Auxiliar de Servicios de Salud, y hacer una espera más larga implica que no pueda acceder a un empleo y poder de su remuneración percibir ingresos para su sustento.

Por último, en cuanto a la lista de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio Civil, señaló en la contestación señala que, la lista de elegibles integrada para el cargo de Auxiliares área de salud código 412 grado 11 3064 en desarrollo de la Convocatoria No. 426 de 2016, tiene una vigencia en el tiempo de dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que le incorpore. Para el caso que se ocupa de resolver, la vigencia del Acto Administrativo No. CSNC 2018110174295 del 05 de diciembre de 2018 se extiende hasta el 29 de enero de 2021. Es decir, aun hoy, la lista de elegibles a la que fuere incluido el accionante, se encuentra vigente. Precisa además que, conforme lo establecido en los artículos 30 y 31 de la Ley 909 de 2004, en el Decreto 1083 de 2015 modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017, el uso de las listas de elegibles cuando se generan nuevas vacantes del mismo empleo, durante la vigencia de la misma.

Así las cosas conforme lo expuesto no son de recibo los argumentos expuesto por el accionado Hospital Universitario de Neiva, por lo que se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Municipal de pequeñas Causas y Competencia Múltiples de Neiva.

DECISIÓN

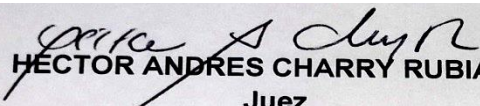
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada

SEGUNDO. ORDENAR remitir dentro del término legal, el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO. NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más ágil.


HÉCTOR ANDRÉS CHARRY RUBIANO
Juez