



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Tutela

Accionante: Alberto Mario Márquez Zapatero

Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Otro

Radicado: 70001-33-33-006-2018-00288-01

Instancia: Segunda

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2018, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se declaró improcedente el amparo constitucional solicitado.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La solicitud de tutela.-

El señor Alberto Mario de Jesús Márquez Zapatero, presentó acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC¹- y la ESE UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos.

¹ En adelante CNSC.

En consecuencia de lo anterior, **pretende** que se ordene la suspensión de la publicación del llamado a presentarse a la prueba escrita del concurso de mérito 426 de 2016, convocado a través de Acuerdo N° 20161000001276 del 28-07-2016, de manera transitoria hasta que se resuelva la medida cautelar inserta en la demanda de nulidad N° 11001032500020180011200 que cursa ante el Consejo de Estado-Sección Segunda, extendiendo tal decisión hasta que el juez competente decida la medida provisional, evitando la configuración de un perjuicio irremediable.

1.2. Fundamentos fácticos.-

Fueron señalados por el actor, en el escrito contentivo de la acción de tutela, los siguientes:

.-A través del Acuerdo No.CNSC-20161000001276 del 28 de julio de 2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos, para proveer definitivamente los empleos vacantes de la Planta de Personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de las Empresas Sociales del Estado. Dicho Acuerdo, que corresponde a la *"Convocatoria No.426 de 2016-Primera Convocatoria E.S.E"*, sólo fue firmado por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC y no por la E.S.E San Francisco de Asís, conforme lo dispone el artículo 31 de la Ley 909 de 2004; por lo tanto está viciado de nulidad.

.- Contra el anterior Acuerdo, se presentó demanda de nulidad, con solicitud de suspensión provisional ante el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, radicada con el No.l

1001032500020180011200; que fue admitida mediante providencia del 25 de enero de 2018; pero hasta el momento no existe pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión provisional.

.-Que fue nombrado en provisionalidad en la E.S.E demandada, mediante la Resolución No.0000523 de 2015, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 13, OPEC número 33499.

.- Actualmente ese cargo se encuentra sometido a concurso por la entidad, ya que según información publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 23 de septiembre de 2018, se realizaría la prueba escrita para cargos a proveer. Igualmente refiere, que dicho concurso de méritos es ilegal, ya que adolece de nulidad absoluta al suscribirse únicamente por la Comisión Nacional y no en conjunto con la ESE Unidad de Salud San Francisco de Asís de Sincelejo.

.- Si se continúa con el desarrollo del concurso, su nombramiento en dicho cargo sería declarado insubsistente; y ello, afectaría su mínimo vital y el de su núcleo familiar, que está conformado por sus padres, quienes dependen de él.

1.3. Actuación procesal.-

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 3 de septiembre de 2018 (fol. 104).
- Admisión de la demanda: 6 de septiembre de 2018 (fls. 107-108).
- Notificación a las partes: 6 de septiembre de 2018 (fls. 113-117).

- Contestación USSFA: 7 de septiembre de 2018 (fls. 118-130).
- Contestación CNSC: 11 de septiembre de 2018 (fls. 165-172).
- Sentencia de primera instancia: 14 de septiembre de 2018 (fls. 177-186).
- Impugnación: 20 de septiembre 2018 (fol. 197).
- Concesión de la impugnación: 24 de septiembre 2018 (fol. 199).

1.4. Informes rendidos por los entes accionados.-

1.4.1. La ESE San Francisco de Asís².-

La ESE, a través de su Representante Legal, argumenta que la CNSC profirió el Acuerdo objeto de la demanda, una vez agotó la respectiva etapa de planeación, y que éste, no sólo se refiere a la provisión de cargos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la entidad, sino también de otras Empresas Sociales del Estado en todo el país.

.-Que no es cierto que se esté adelantando un concurso ilegal, porque la CNSC coordinó todo el trámite que se debía agotar, y la entidad participó en la etapa de planeación del concurso de méritos, tal y como consta en la carpeta que lleva la Oficina de Recursos Humanos de la entidad, que contiene los oficios remitidos por la CNSC y sus respectivas respuestas, dentro del cual se encuentra el Oficio

² Fls. 118-130 C.Ppal

No.20162010195681 del 11 de julio de 2016, por medio del cual se le remitió el proyecto de acuerdo.

.-Que es cierto que el accionante fue nombrado en provisionalidad en la entidad, mediante la Resolución No.00000523 del 30 de noviembre de 2015. Lo que no es verdad, es que se le está vulnerando sus derechos fundamentales y su participación dentro de las etapas coordinadas por la CNSC, ya que colaboró y atendió todos los requerimientos que dicha entidad le realizó en la etapa de planeación de la Convocatoria.

.-En cuanto a lo aludido por la accionante referente a la firma del Acuerdo que convoca a concurso, informó que, por iniciativa de la CNSC y en estricto acatamiento a las normas superiores sobre este asunto, la entidad coordinó todo el trámite que se debía agotar, teniendo la ESE participación en la etapa de planeación, como consta en los respectivos soportes que anexan.

1.4.2. La CNSC³.-

La Comisión Nacional, a través de su Asesor Jurídico sostuvo, que el Acuerdo No.CNSC-20161000001276 del 28 de julio de 2016 y los que lo modificaron, se encuentran ajustados a la Constitución y a la ley, y gozan de la presunción de legalidad según lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

.-La acción de tutela no es procedente para controvertir la legalidad de dicho Acuerdo, que es de carácter general, porque para ello

³ Fls. 165-172 C.Ppal.

el accionante cuenta con el medio de control de nulidad simple (art. 137 *ibídem*) ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que ya se ejerció; y no demostró que se le esté causando un perjuicio irremediable.

.-La acción de tutela además es improcedente, porque el accionante no la presentó dentro de un término pertinente y prudencial, ya que ha transcurrido más de un año desde que se suscribió dicho Acuerdo, y ello permite inferir que sus derechos fundamentales no están en grave riesgo; y no se observa que se reúne alguna de las circunstancias señaladas por la Corte Constitucional para inaplicar el principio de inmediatez.

.-Que el concurso se encuentra en la etapa de aplicación de pruebas escritas a los 21.908 aspirantes admitidos, que se realizarán el 23 de septiembre de 2018, por la Fundación Universitaria del Área Andina, en virtud del contrato de prestación de servicios No.116 de 2018 que se suscribió con tal entidad.

.-Que dicha entidad, lleva avanzado el proceso de concurso, ya que validó y publicó los ejes temáticos, la guía de orientación a los aspirantes, y se fijó la fecha de realización de las pruebas escritas; por lo que se debe tener en cuenta que de no realizarse las mismas, se generaría un impacto no sólo al accionante, sino a los demás aspirantes admitidos.

.-Desde el mes de julio del año 2015, se inició la etapa de planeación del concurso, en la que participaron, entre otras, la E.S.E

Unidad de Salud San Francisco de Asís, quien tuvo la oportunidad de conocer el proyecto de Acuerdo del concurso, manifestarse al respecto en el ámbito de sus competencias y deberes, de certificar la información de las vacantes, el perfil y funciones de cada uno de los empleos a ofertar, así como las reglas y seguimiento del mismo, y de manifestar que realizaría el aporte correspondiente al valor total de las vacantes.

.-Que hasta el momento se han invertido \$1.484.973.457, de los cuales existe una obligación contractual con la Fundación Universitaria del Área Andina, y se están tramitando los pagos 1 y 2, establecidos en el contrato.

.-En cuanto al nombramiento en provisionalidad del accionante, precisó, que la naturaleza transitoria de dicho nombramiento implica una estabilidad precaria en el empleo, que finaliza por mandato legal y constitucional, como quiera que están sujetos a una posible desvinculación cuando como consecuencia de un concurso de méritos una persona gane el derecho al cargo.

.-Informó, que el accionante acreditó en debida forma los requisitos de estudio y experiencia establecidos para el empleo en el que se inscribió; por lo que su estado es admitido y será citado a las pruebas escritas.

.-Por lo expuesto, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, y que se le desvincule del presente trámite.

1.5. La sentencia impugnada.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2018, declaró improcedente la acción de tutela. Fundó la decisión argumentando, que a través de éste mecanismo, no era posible ordenar la suspensión de la realización de las pruebas escritas de la Convocatoria No.426 de 2016, que se llevarán a cabo el día 23 de septiembre de 2018, porque está demostrado que existe y se activó el mecanismo ordinario de defensa judicial, y no se observa que la realización de las pruebas escritas e inclusive la culminación de las etapas del concurso, le causen o le vayan a causar al accionante un perjuicio irremediable, como quiera que él se encuentra ocupando el cargo en provisionalidad, y no es posible afirmar desde ya, que no va a superar las etapas del concurso (hecho futuro e incierto), o que se va a declarar la nulidad de dicha Convocatoria, y por ello, que será desvinculado del cargo.

Aunado a ello, señaló el *a quo*, que no se encuentra probada la causación de un perjuicio irremediable, ya que el actor ocupa en la actualidad en provisionalidad, el cargo ofertado en el concurso, y si bien manifestó que sus padres dependen de él, ello no lo demostró en el proceso; además, como todavía no se han aplicado las pruebas; no se puede afirmar si pasará esa, y las restantes etapas del concurso.

1.6. La impugnación⁴

La parte accionante impugna la sentencia, sin esgrimir argumento

⁴ Fl. 197. C.Ppal.

adicional en este momento

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. Competencia.-

EL Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. Problema jurídico.-

De acuerdo con los antecedentes, deberá la Sala determinar; ¿sí es procedente en el sub examine, acudir a la acción de tutela para controvertir la legalidad del Acuerdo CNSC-20160000001276 de 2016, por el cual se convocó a Concurso Abierto de Méritos, para proveer definitivamente los empleos vacantes de las Empresas Sociales del Estado objeto de la Convocatoria No. 426 de 2016?

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala abordará los siguientes temas; **(i)** Generalidades de la acción de tutela; **(ii)** Procedencia de la acción de tutela dentro de una actuación administrativa- Concurso de Méritos.

I. Generalidades sobre la acción de tutela.-

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con

las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe en su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá “*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*”.

Según el texto constitucional, para que la protección en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable⁵.

El H. Consejo de Estado, ha dicho que, “*su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes”⁶

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria⁷ no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Por ello, como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁸, ha señalado que *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria.”⁹*

⁶ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03259-00. Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁹ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

En ese orden, se puede igualmente señalar, que la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos, se puede mencionar:

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto: Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el

carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibles acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna

y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes, porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según la jurisprudencia, dicho perjuicio se estudia como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, el cual se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud, que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual, las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable¹⁰:

"(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

¹⁰Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.¹¹ (Negritas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

II. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actuaciones administrativas adelantadas en el marco de un concurso de méritos.

Como se advirtió en líneas anteriores, la tutela está establecida como un mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que teniéndolo, éste sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para impedir un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos, ya sea de contenido particular y concreto o de carácter general, impersonal y abstracto, pues para controvertir éstos, se tiene el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Lo anterior, bajo la premisa contenida en el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos¹².

En este caso, la jurisprudencia ha planteado al menos dos excepciones a la regla general antes señalada; **(i)** cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹³.

Teniendo en cuenta esto, cabe mencionar lo expuesto por la jurisprudencia constitucional, en donde se concluye, que de forma

¹² Al respecto se puede consultar la Sentencia T-572 de 2015. Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-315 de 1998, en la cual la Corte luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996; y T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

¹³ Ahora, en lo relacionado con los actos administrativos de contenido particular, ha señalado la la H. Corte Constitucional; "Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaure para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente. (Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.).

excepcional la acción de tutela se abre paso en su interior, cuando se vislumbra la posible vulneración del derecho al debido proceso.

Manifiesta la H. Corte Constitucional:

"En esta línea discursiva, resalta la Sala que la jurisprudencia constitucional se ha manifestado sobre de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en desarrollo de procesos tendentes a la provisión de cargos públicos. En estos casos se han establecido reglas específicas para determinar la procedencia de la tutela en aplicación de los parámetros generales antes mencionados. En este sentido se consagró en la sentencia T-215 de 2006 "[e]n efecto, si en dichas actuaciones administrativas no se observa el procedimiento legalmente previsto, y si ello repercute en la afectación del derecho al debido proceso de los interesados en la decisión administrativa, la acción de tutela se erige como un medio de defensa judicial adecuado, pero solamente si no existe otro mecanismo de defensa judicial que sirva para garantizar tales derechos, o si existiéndolo no se revela como un mecanismo de defensa eficaz en el caso concreto, o se cierne la amenaza inminente de un perjuicio irremediable sobre esta clase de derechos".

Y sobre la específica idoneidad y eficacia de la acción de nulidad en estos casos se manifestó recientemente

"Ahora bien, en gracia de discusión, si se admitiese que contra el acto de publicación de resultados de las pruebas es admitida por esa jurisdicción la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, difícilmente podría alegarse la eficacia del medio judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales, puesto que la prolongada espera para la culminación de un proceso contencioso administrativo, que aun cuando no siempre tal circunstancia desvirtúa un medio de defensa judicial aplicable, en los casos bajo revisión es relevante puesto que no les garantiza a los peticionarios el acceso inmediato al derecho fundamental de rango constitucional a acceder a cargos públicos por vía de un concurso de mérito, dado que con probabilidad a su terminación, ya los derechos en disputa se hayan extinguido teniendo en cuenta que parte del debate de fondo sobre esos actos, radica precisamente en la naturaleza de trámite o no de esos actos."^[17]

Este planteamiento resulta acorde con una estable jurisprudencia constitucional que fue ratificada desde el año 1998 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando en la sentencia SU-133 de 1998 se consagró.

"La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que

no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

Por lo tanto, la existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertir un acto de la administración no inhibe automáticamente el uso de la acción de tutela, pues en estos casos deberá evaluarse si la protección adecuada—es decir, aquella acorde con criterios de justicia material- del derecho fundamental se logra por vía de los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento para dicho propósito. De llegarse a la conclusión contraria, la utilización de la acción de tutela para ese específico caso no constituiría una suplantación del medio ordinario, ni la acción del juez de tutela una usurpación de la competencia del juez ordinario. Por el contrario, se trataría de una concreción de parámetros de justicia material en la protección de derechos fundamentales al lograr que la misma tenga un carácter eficaz y expedito, necesidad axial en un Estado que propugne por una aplicación real de los derechos fundamentales.”¹⁴

También explicó el Alto Tribunal Constitucional:

“4. Ámbito susceptible de protección por vía de tutela.

La jurisprudencia constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela en esta materia no es absoluto sino que está restringido a aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ocasiones se refleja con el desconocimiento de la lista de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad.

En el desarrollo jurisprudencial la Corte siempre ha descrito esta situación como un factor discriminatorio ampliamente reprochable. Así, desde la Sentencia T-422 de 1992 indicó:

La circunstancia de ocupar el primer puesto en un concurso de méritos para un cargo de la administración y, sin embargo, no ser nombrado por la entidad es factor suficiente para presumir un trato diferente, discriminatorio en contra de la persona afectada por la medida. Si se demuestra que dicho trato diferente no está objetiva y razonablemente justificado, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por ser violatoria del principio de igualdad.

Criterio que ha sido ratificado posteriormente en varios pronunciamientos de la Corte. En efecto, tanto en la sentencia C-040 de 1995, como en la C-037 de 1996, al estudiar la constitucionalidad de las disposiciones sobre la carrera

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2012, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

judicial, se dispuso que el cargo tendría que proveerse con quien ocupara el primer lugar en el concurso por ser el mérito el factor determinante para definir el ingreso a un cargo de carrera. Y con la misma perspectiva, en la sentencia SU-613 de 2002 la Corte procedió en igual sentido sobre el tema de la carrera judicial.

Por el contrario, el cuestionamiento sobre la conformación de la lista de elegibles, el desarrollo de una determinada prueba o su elaboración, o el posible primer puesto que puede llegar a tener un aspirante dentro del registro, son problemas en principio ajenos al ámbito constitucional y deben ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario idóneo para debatir asuntos de esta naturaleza, así como cualquier otro que surja en el trámite y desarrollo del proceso de selección, clasificación o integración de la lista de elegibles¹⁵. "(Destacado de la Sala).

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos *subreglas* excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos ordinarios de defensa judicial al alcance del interesado. Esas *subreglas* se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos **(i)** cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, **(ii)** cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

Centrando el estudio en la primera *subregla* antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio

¹⁵ Cfr. Sentencia T-1110 de 2003. M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

para evitar un perjuicio irremediable, el Alto Tribunal de lo Constitucional Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "***(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental;*** ***(ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido;*** ***(iii) su ocurrencia es inminente;*** ***(iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales***"¹⁶. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

En este orden de ideas, se puede concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

¹⁶ Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

Quiero ello decir, que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

Así las cosas, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que sólo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado¹⁷. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁸. De no hacerse así,

17 Así, por ejemplo, en Sentencia T-106 de 1993, se ve esta postura de la Corte Constitucional desde sus inicios: "El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."

18 En este sentido por ejemplo, la Corte, en la sentencia T-983 de 2001, precisó: "Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario¹⁹.

En conclusión, tal como lo demuestra la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta indispensable analizar frente a cada caso, si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados y si los mismos son idóneos y eficaces para otorgar una protección integral.

III. Solución al asunto.-

En el *sub examine*, la pretensión principal del accionante, es que se suspenda la publicación del llamado a presentarse a la prueba escrita del concurso de mérito, convocado a través de Acuerdo N° 20161000001276 del 28 de julio de 2016, de manera transitoria hasta que se resuelva la medida cautelar inserta en la demanda de nulidad N° 11001032500020180011200, que cursa ante el Consejo de Estado-Sección Segunda, a su juicio, porque dicho acto administrativo está viciado de nulidad al expedirse sin el lleno de los requisitos legales exigidos en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004²⁰.

irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico."

¹⁹ Cfr. Sentencia T-1222 de 2001

²⁰ Según lo dicho por el actor en el hecho tercero "el Acuerdo CNSC-20161000001276 del 28/7/16, fue firmado únicamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no en conjunto con la ESE San Francisco de Asís de Sincelejo".

Por su parte, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, declaró improcedente el amparo, porque el demandante tiene a disposición otro mecanismo judicial de defensa en sede ordinaria, y por cuanto éste, no acreditó la configuración de un perjuicio irremediable.

Una vez estudiado el asunto, considera la Sala que el amparo solicitado con la presente acción de tutela es improcedente, y en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia impugnada, por las razones y argumentos que se pasan a explicar:

Conocida la postura de las partes, es claro que la pretensión del accionante, tendiente a suspender el llamado a la prueba escrita del concurso, está sustentada en el argumento según el cual, el Acuerdo CNSC-201610000001276 de 2016, se encuentra viciado de nulidad por infracción a las normas legales en que debe fundarse (Ley 909 de 2004), lo que para la Sala, escapa del ámbito propio de la acción de tutela, siendo esto en el caso particular, un conflicto de connotación meramente legal, que está llamado a ser ventilado ante el juez ordinario, pues lo que en sí se discute, es la legalidad del acto administrativo, el cual se presume legal, mientras no hayan sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 88 de la Ley 1437 de 2011²¹). Obsérvese que la alegación de ilegalidad por irregularidad en el acto de convocatoria, no va encausada a evitar que se eche al traste su aspiración de acceder al cargo público para el que se inscribió a

²¹ ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

concurso, y por tanto, no guarda relación con la vulneración o amenaza a tal derecho fundamental.

En tal sentido, como se anunció en los considerandos previos, por regla general la acción de tutela contra actos administrativos es improcedente, porque el legislador ha establecido para verificar la legalidad de los mismos las acciones contencioso administrativas de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que han sido especialmente diseñadas para salvaguardar el principio de legalidad y proteger los derechos que podrían verse vulnerados o amenazados por manifestaciones de voluntad de la administración.

Regla general que como se explicó anteriormente, presenta dos excepciones en tratándose de actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos; **(i)** cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Las cuales no se configuran en el *sub examine*. Veamos:

En primer lugar, no se demuestra la ineficacia de los mecanismos de defensa ordinarios, tanto así, que el mismo actor informa, que actualmente cursa una demanda a instancias de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado donde se discute la legalidad del Acuerdo CNSC-201610000001276 de 2016. De ahí que para este Tribunal, las acciones contencioso administrativas son las vías adecuadas para ventilar el

asunto aquí plateado.

En segundo lugar, el actor no demostró una circunstancia especial que amerite el amparo de manera transitoria en *pro* de evitar un perjuicio irremediable, pues contrario a ello, se verifica en el expediente, que actualmente se encuentra nombrado en provisionalidad según Resolución No. 0000523 de 2015²² ostentando el cargo de Auxiliar administrativo Grado 13, perteneciente a la Planta de Personal de la ESE-San Francisco de Asís de Sincelejo. Cargo que fue ofertado en la Convocatoria 426 de 2016, al cual se inscribió y se encuentra en condición de **ADMITIDO**²³, según lo informa la misma CNSC (*ver folio 171 reverso*).

Luego entonces, no es de recibo para este Tribunal, que el actor estando admitido en el concurso, pretenda la suspensión de las pruebas escritas sin anunciar alguna circunstancia especial que lo imposibiliten de presentarse a realizarlas. Fundado sólo en el argumento, de la presunta ilegalidad del Acuerdo de la Convocatoria, lo cual se reitera, es improcedente que sea ventilado ante el juez constitucional.

Así las cosas, considera la Sala que en el presente caso no se advierte alguna de las circunstancias excepcionales que hacen procedente la acción de tutela contra actos administrativos, máxime cuando se trata del acto mediante el cual se reglamenta el concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas en las Empresas

²² Fls. 18-22 C.Ppal.

²³ Manifiesta la CNSC; "una vez verificada la base de datos, se evidenció que el accionante acreditó en debida forma los requisitos de estudio, y experiencia establecidos para el empleo inscrito, a tal punto, que su estado es el de **ADMITIDO**, y será citado a las pruebas escritas que se realizarán el día 23 de septiembre de 2018".

Sociales del Estado, en los cuales están involucrados los derechos de todas las personas que se inscribieron y aspiran a ser tenidos en cuenta en orden de méritos para ser nombrados en el cargo por el cual concursaron.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, de todas formas en el *sub examine* el amparo es improcedente, pues ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto, por cuanto las pretensiones del accionante, se tornan de imposible realización con posterioridad a la ejecución material de la prueba escrita del concurso convocatoria No. 426 de 2016, la cual como se observó, tuvo lugar el **23 de septiembre del año 2018²⁴**.

Lo anterior, porque la acción de tutela de la referencia, fue repartida al Tribunal Administrativo de Sucre, el **25 de septiembre de 2018²⁵**, y entró al despacho para resolver la impugnación el día **26 de septiembre 2018²⁶**, cuando ya se habían realizado las pruebas, que tuvieron lugar se reitera, el 23 de septiembre del año en curso. En consecuencia, cualquier pronunciamiento sería vano, por cuanto ya se consumó el hecho del que se predicaba el inminente perjuicio. Obsérvese que la eficacia de esta acción se manifiesta en la posibilidad que tiene el juez constitucional, si encuentra probada la vulneración o amenaza alegada, de impartir una orden encaminada a la defensa actual e inminente del derecho en disputa. Pero si la situación de hecho que generó la violación o la amenaza ya ha sido superada, el mandato que

²⁴ Al respecto se puede consultar; <https://www.cnsc.gov.co/index.php/426-de-2016-primera-convocatoria-empresas-sociales-del-estado> (consultado el 24-10-2018, 5:00 pm).

²⁵ Fl. 1-2 Impugnación.

²⁶ Fl. 3 *ídem*.

pueda proferir el juez en defensa de los derechos fundamentales conculcados, ningún efecto podría tener, el proceso carecería de objeto y la tutela resultaría improcedente.

En conclusión, se confirmará el fallo impugnado, pero bajo la consideraciones hechas en esta sentencia.

3. DECISIÓN.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2018, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR, personalmente o por cualquier medio efectivo a la parte actora, a los entes demandados y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVIAR** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Extraordinaria, conforme consta en el Acta No 156 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Ausente con permiso