



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2016-00216-01
ACCIONANTE: BORIS JAVIER VILLAMIZAR AGUAS
ACCIONADO: DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – RED UNIDOS - ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la **impugnación** presentada por la Asociación Promotora para el Desarrollo Social y Económico y Ambiental de la Costa Caribe – ASOPROAGROS, contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió la tutela de los derechos invocados.

I.- ANTECEDENTES

1.1- Pretensiones¹:

El señor **BORIS JAVIER VILLAMIZAR AGUAS**, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el **DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – RED UNIDOS - ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS**, con el fin que se protejan sus derechos fundamentales al trabajo e igualdad; en consecuencia, solicita se ordene a ASOPROAGROS, que respete el orden de la lista de elegibles de la convocatoria que resultó del Contrato No. 270-

¹ Folio 3, cuaderno de primera instancia.

2015, suscrito con el Departamento para la Prosperidad Social, publicada el día 8 de febrero de 2016.

Así mismo, pide se ordene su ingreso de manera inmediata, como Cogestor del Municipio de Sincé – Sucre.

1.2.- Hechos²:

ASOPROAGROS, inició proceso de convocatoria para recibir manifestación de interés, en el desarrollo del acompañamiento familiar y comunitario de la estrategia Red Unidos, a fin de seleccionar y contratar cogestores sociales integrales del equipo territorial del Departamento de Sucre.

Para la convocatoria, selección y contratación de los Cogestores Sociales, se surtieron seis etapas: i. Apertura del proceso; ii. Convocatoria de aspirantes; iii. Proceso de inscripción de los aspirantes; vi. Preselección (habilitación de las hojas de vida); v. selección (aplicación de la batería de pruebas, entrevistas y calificación de hojas de vida); vi contratación. La convocatoria estuvo abierta desde el día 22 hasta el 26 de enero de 2016, a través de la página web: www.asoproagros.org.

Dentro de los criterios se estableció, que los aspirantes que tuvieran una calificación igual o superior a 70 puntos, permanecerían en una lista de elegibles, para cada rol que se utilizaría, para suplir la provisión de la posición que eventualmente se podía generar. Dentro de los aspectos contractuales se estableció, que se suscribiría un contrato de prestación de servicios.

Según el orden de la lista, el actor ocupó el puesto No. 12 con un puntaje total de 72,50.

La Cogestora Social Eliana Luz Meza Guazo, renunció al cargo, quedando el actor como primera opción, de acuerdo a la lista de elegibles para ocupar y/o suplir esa provisión que se generó. No obstante, se llamó a

² Folios 1 – 2 cuaderno de primera instancia.

ocupar el cargo, al señor Armando Castilla Moreno, quien había ocupado el puesto No. 14 de la lista de elegibles con un puntaje de 72,00.

Debido a lo anterior, el actor elevó petición el día 3 de agosto de 2016, solicitando se le informara porque no se respetó la lista de elegibles que resultó del contrato No. 270-2015.

La respuesta de ASOPROAGROS, fue que ellos eran libres y autónomos de llamar y contratar y que no era obligación escoger a los Cogestores de la lista de elegibles que resultó de la convocatoria.

1.3.- Pronunciamiento de la entidad accionada³.

La ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS, a través de su representante legal, solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela porque el actor, tenía otro mecanismo de acción judicial – acción ordinaria civil- y si deseaba celeridad, bien podía solicitar medidas cautelares; aunado a que no presentó la tutela como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.

Frente a los hechos, manifestó que en su mayoría eran ciertos, excepto uno que no lo era y otro lo era parcialmente cierto.

Como argumento de defensa, señaló que la Asociación, al abrir una convocatoria para contratar cogestores sociales y seleccionar a través de una lista de elegibles las posibles personas a contratar, por reunir determinados requisitos y contratar, sin tener en cuenta el orden establecido en la lista de elegibles, no violó derecho fundamental alguno, ya que ella como entidad privada, es libre de contratar a su personal que cumpla con el perfil que busca.

³ Folios 34 – 38, cuaderno de primera instancia.

Indicó, que al presentarse una renuncia de uno de los Cogestores, se acudió a la lista de personas que ya habían sido evaluadas y seleccionadas en la Convocatoria y se contrató, a quien se creyó apto para llenar la vacante, en este caso al señor Armando Castilla Moreno y no al accionante Boris Javier Villamizar Aguas, pues, esa lista solo era un instrumento de escogencia y no una camisa de fuerza para hacer la contratación en su estricto orden.

Arguyó, que confundía el accionante las convocatorias de derecho público, que abría una entidad pública, con las convocatorias que libremente abrían las personas de derecho privado; la primera era una forma de ingresar a ocupar cargos de carrera administrativa, a través del concurso público de méritos y la segunda, tenía por objeto contratar a una persona o a un grupo de personas, con las características que la entidad privada estableciera dependiendo de su necesidad.

Igualmente sostuvo, que el proceso de convocatoria no obedecía a ninguna orden legal, sino a una solicitud respetuosa del Departamento para la Prosperidad Social, es decir, que los seleccionados cumplieren con unos requisitos mínimos, para desempeñar las actividades a contratar.

Así las cosas, manifestó que por el hecho de abrir la convocatoria y de esta salir una lista de elegibles, no estaba obligada a guardar un orden para contratar a su personal, pues, sólo bastaría que dicho personal cumpliera con los requisitos mínimos exigidos para ser contratado.

1.4.- La providencia recurrida⁴.

A través de sentencia de 18 de octubre de 2016, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, tuteló los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso, deprecados por el señor BORIS JAVIER VILLAMIZAR AGUAS; en consecuencia, ordenó a la ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIOECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS, que procediera a

⁴ Folios 45 - 52, cuaderno de primera instancia.

suscribir el contrato de prestación de servicios a que hacía referencia el proceso de convocatoria y selección de Cogestores Sociales, para la conformación del equipo territorial operativo – Red Unidos. Grupo A, con el señor Boris Javier Villamizar Aguas, siempre y cuando, aun persista el objeto para el cual se dio apertura a la convocatoria.

Fundamentó el A-quo, frente a la procedencia de la tutela, que el actor se encontraba en situación de indefensión, siendo que lo pretendido era la protección del derecho al trabajo, es decir, la posibilidad de ejecutar una actividad de la cual recibirá una contraprestación; y para la protección efectiva de ese derecho, no existía un mecanismo de defensa eficaz, pues, para el caso concreto, la lista de elegibles solo tendría vigencia hasta la terminación del contrato de prestación de servicios, suscrito una vez finalizó el proceso de convocatoria, por ello, surgida una vacante en este lapso de tiempo, podría ocuparse por el que seguía en la lista, extendiéndose esta nueva contratación, hasta el término programado para los demás contratos, en ese sentido, debía entenderse que en caso de tener derecho el actor para que fuera contratado por la entidad, podía precluir el término del contrato de prestación de servicios ofrecido en la convocatoria pública.

Aclarada la procedencia de la tutela, señaló el juez de primer grado, que la convocatoria realizada en virtud del contrato estatal suscrito entre ASOPROAGROS y el DPS, al ser un proceso público, generó desde su publicación obligaciones, tanto para los postulantes como para la empresa, pues, por un lado se exigía para el aspirante, una serie de requisitos y por el otro, existía una propuesta pública que generaba expectativas para quienes participaban en ella.

Anotó, que era claro que las entidades privadas gozaban de libertad para contratar su personal, no obstante sus actuaciones no podían ser ajenas al Estado Social de Derecho y mucho menos, inobservar con ellas principios constitucionales como la buena fe y el debido proceso, que deben imperar en las actuaciones, tanto de los particulares como de las entidades públicas.

Aclaró, que no era acertado el decir de ASOPROAGROS, en cuanto a que no estaba obligada a contratar a las personas en estricto orden de la lista de elegibles, pues, el proceso de convocatoria y selección de Cogestores finalizó con dicha lista, siendo esta el instrumento utilizado para proveer los cargos, por ello, no podía desvirtuarse la función de la lista de elegibles.

Ahora, dijo, si el objeto era escoger el personal de forma discrecional, no se hubiese creado una falsa expectativa con la conformación de una lista de elegibles, en donde figuraba un orden numérico de participantes con indicación de puntajes, advirtiéndose además en la convocatoria, que los aspirantes que tuvieran una puntuación igual o superior a 70 puntos, permanecerán en una lista de elegibles, para cada rol que se utilizaría para suplir la provisión de la posición que eventualmente se podía generar, lo cual a juicio del juzgado, garantizaba a cada uno de quienes figuraban en el registro de elegibles, los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso.

Precisó, que los *criterios* señalados para escoger el personal que se vincularía por contrato de prestación de servicios, esto es, que sea víctima, que se encuentre como integrante en el hogar Unidos o que cuente con certificado electoral, el proceso de convocatoria claramente estipulaba en el capítulo de publicación de resultados, que aquellos solo se aplicarían para resolver un empate, lo cual no sucedía en el presente asunto.

1.5.- La impugnación⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la Representante Legal de ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS, la impugnó, sin formular sustentación alguna, tal y como aparece a folio 52 vuelto del expediente.

⁵ Reverso folio 52, cuaderno de primera instancia.

II.-TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 9 de noviembre de 2016⁶, se resolvió admitir la impugnación contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

III.- CONSIDERACIONES:

3.1- Competencia:

El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción, conforme lo establecido en el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

3.2- Problema jurídico

Teniendo en cuenta los supuestos esgrimidos, para esta Sala, el problema jurídico se delimita así: ¿Se vulneraron los derechos fundamentales del actor, al no haber sido contratado como Cogestor Social por parte de ASPROGAGROS, obviando el orden de la lista de elegibles que surgió del Proceso de Convocatoria y Selección de Cogestores Sociales para la Conformación del Equipo Territorial Operativo – Red Unidos, Grupo A?

3.3.- Análisis de la Sala

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

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

estado de subordinación o indefensión.

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

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiario. Esto es, únicamente procede, cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o en el evento en el cual, a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y se hace necesaria la adopción de una medida transitoria, que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado, en abundante jurisprudencia, que “*cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.*”⁷

En lo que concierne al **caso concreto**, el accionante BORIS JAVIER VILLAMIZAR AGUAS, instauró acción de tutela en contra del DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – RED UNIDOS - ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS, para que se le tutelen los derechos fundamentales al trabajo e igualdad y en consecuencia, solicita: *i)* se ordene a ASOPROAGROS, que respete el orden de la lista de elegibles de la convocatoria que resultó del Contrato No. 270-2015, suscrito con el Departamento para la Prosperidad Social, publicada el día 8 de febrero de 2016; y *ii)* se ordene su ingreso como Cogestor del Municipio de Sincé – Sucre.

Por su parte, ASOPROAGROS, impugna la decisión de primera instancia que le ordenó suscribir el contrato de prestación de servicios a que hacía referencia el proceso de convocatoria y selección de Cogestores Sociales para la conformación del equipo territorial operativo – Red Unidos Grupo A,

⁷ Ver T-432/02.

con el señor BORIS JAVIER VILLAMIZAR AGUAS, siempre y cuando aún persista el objeto para el cual se dio apertura a la convocatoria.

Ahora bien, analizado el caso puesto a consideración, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **revocada**, en atención a las siguientes consideraciones:

Del plenario se advierte que ASOPROAGOS⁸, en el marco del contrato No. 270-2015 suscrito con el Departamento para la Prosperidad Social, dio apertura al proceso de convocatoria y selección para roles de Cogestor Social para la conformación del equipo territorial operativo – Red Unidos. Grupo A, en los municipios del Departamento de Sucre⁹.

Para la convocatoria, selección y contratación de los Cogestores Sociales se debían surtir seis (6) etapas: i. Apertura del proceso; ii. Convocatoria de aspirantes; iii. Proceso de inscripción de los aspirantes; vi. Preselección (habilitación de las hojas de vida); v. selección (aplicación de la batería de pruebas, entrevistas y calificación de hojas de vida); vi contratación.

Transcurrida la etapa de selección, se publicarían los resultados de los aspirantes, para lo cual se dispuso¹⁰:

“De acuerdo con los puntajes registrados, se hará las sumatorias de las calificaciones parciales de cada factor evaluado, obtenidas para cada uno de los candidatos, y se elaborará una lista del total de los aspirantes con sus respectivos números de cédula y los puntajes obtenidos, señalando las personas que han sido seleccionadas para ser contratadas.

Esta lista se publicará por el Municipio y será publicada en los lugares y medios de divulgación definidos en este comunicado.

Se contratarán las personas con mayores puntajes de acuerdo con el número de cupos requeridos por Municipio.

⁸ Conforme lo que aparece en la página web de la entidad, <http://asoproagros.org/sitio/>, ASOPROAGROS, es una ONG de orden privado.

⁹ Folios 5 – 20, cuaderno de primera instancia.

¹⁰ Folios 14 - 15, cuaderno de primera instancia

En caso de empate en el puntaje obtenido por dos (2) o más candidatos, se preferirá al aspirante que cumpla con las siguientes características en el orden descrito a continuación: (...)

Los aspirantes que tengan una calificación igual o superior a 70 puntos, permanecerán en una “lista de elegibles” para cada rol que se utilizará para suplir la provisión de la posición que eventualmente se pueda generar”.

De acuerdo con el “FORMATO G. LISTA DE ELEGIBLES”, visible a folio 21 del cuaderno de primera instancia, se aprecia el registro de los aspirantes con sus respectivos puntajes, en orden de mayor a menor. Según se aprecia con el número de cédula, el señor Boris Javier Villamizar Aguas, aparece ubicado en el puesto número 12, con 72.50 puntos, quedando en turno para ser el siguiente seleccionado.

Asimismo, se observa que el actor presentó derecho de petición a ASOPROAGROS, con el fin que se respetara el orden de la lista de legibles que quedó conformada, toda vez, que una de las Cogestoras Sociales renunció o fue desvinculada de su cargo, y fue llamado a capacitación el señor Armando Castilla Moreno, quien ocupó el puesto No. 14, con 72 puntos.

En respuesta a la petición, ASOPROAGROS, mediante oficio de fecha 22 de agosto de 2016, informó al señor Boris Villamizar, que el proceso de convocatoria para seleccionar a los Cogestores no obedecía a ninguna orden legal, sino a una solicitud respetuosa del DPS. Que en efecto, se produjo la terminación del contrato de prestación de servicios con una de las contratistas, y “dentro de su autonomía, decidió contratar a una de las personas que habían participado en el proceso de selección, por lo tanto las personas que quedaron en la “lista de elegibles” no constituye obligación para Asoproagros contratarlas en un futuro, pues esa lista solo era un instrumento de escogencia, pero nunca una camisa de fuerza para hacer la contratación en estricto orden”.

Del anterior recuento, esta Sala entiende que ASOPROAGROS, como entidad operadora de la Red Unidos para el Departamento Administrativo

para la Prosperidad Social, tiene autonomía para escoger y contratar a los Cogestores Sociales. Y si bien, llevó a cabo una convocatoria para la selección de aspirantes a ocupar dicho cargo, lo cierto es, que ello, en nada limita a dicha asociación, para decidir finalmente en qué orden contrata al personal seleccionado en la lista de elegibles antes referenciada.

En efecto, de la lectura del documento que contiene la convocatoria, selección y contratación de los Cogestores Sociales, se infiere que la lista de elegibles sería el instrumento utilizado para proveer los mencionados cargos, pero en ningún aparte expresa, que se escogerían como tales, a los aspirantes seleccionados en estricto orden numérico. Lo que se lee es que *“Se contrataran las personas con mayores puntajes de acuerdo con el número de cupos requeridos por Municipio” /.../ “Los aspirantes que tengan una calificación igual o superior a 70 puntos, permanecerán en una “lista de elegibles” para cada rol que se utilizará para suplir la provisión de la posición que eventualmente se pueda generar”*.

Aunado a lo dicho y aun en gracia de discusión, lo cierto es que tampoco se tiene conocimiento en el plenario, respecto de cuáles fueron las condiciones establecidas en el contrato suscrito por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Asoproagros, para la contratación de los Cogestores Sociales en el Departamento de Sucre, por lo que mal se haría en esta instancia, en señalarle condiciones al Operador Social, relacionadas con la contratación del personal aludido, máxime cuando éste último ha referido que inició el procedimiento de convocatoria, por una solicitud respetuosa del DPS y no por orden legal¹¹ y solo lo hizo con el fin de seleccionar personas, que cumplieran con el perfil requerido y no para la escogencia del personal respetando un orden establecido¹².

A parte, debe tenerse en cuenta, que del acervo probatorio recopilado y de los argumentos del escrito de tutela, no se distingue irregularidad alguna,

¹¹ Manifestación que se puede apreciar a folio 37 del cuaderno de primera instancia.

¹² Ver folio 35, cuaderno de primera instancia.

en el procedimiento desplegado en la Convocatoria para seleccionar a los Cogestores en los diferentes municipio del Departamento de Sucre, por ende, no existe vulneración de los lineamientos legales y constitucionales, en el trámite de la convocatoria mencionada por el accionante.

Tampoco avizora la Sala, que el accionante haya demostrado o por lo menos insinuado, la existencia de perjuicio irremediable. Debe recordarse que sobre el tema, la Honorable Corte Constitucional ha señalado:

“El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia”¹³.

Siendo así, no comparte esta Sala, el análisis del Juzgador de primera instancia, para conceder el amparo tutelar, bajo criterios de buena fe, confianza legítima y debido proceso; pues, de las pruebas que han quedado relacionadas, no se advierte que ASOPROAGROS, deba escoger el personal que se vincularía como Cogestor a través de contrato de prestación de servicios, en estricto orden numérico de la lista de elegibles y además, no se ha demostrado el perjuicio irremediable que haga procedente la acción.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T – 136 de 2010.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 18 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con los motivos expresados en este fallo. En su lugar, se dispone:

*“**NIÉGUESE** la acción de tutela, impetrada por el señor **BORIS JAVIER VILLAMIZAR AGUAS**, contra el **DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – RED UNIDOS - ASOCIACIÓN PROMOTORA PARA EL DESARROLLO SOCIAL ECONÓMICO Y AMBIENTAL DE LA COSTA CARIBE – ASOPROAGROS**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión”.*

SEGUNDO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión ordinaria, según Acta No. 00203/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA