

AVISO

La Secretaría General del Consejo de Estado

Hace Saber:

A todas las personas que hacen parte de la lista de elegibles de la **convocatoria 305 de 2013** para suplir los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira, a los funcionarios que actualmente ocupan el empleo identificado con el número **203283 – OPEC, código 314, grado 8**, denominado técnico operativo y, a quienes pudieran tener un interés en el proceso ordinario **66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019)**, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira y al Tribunal Administrativo de Risaralda.

Que:

El trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, magistrado de la Sección Quinta de esta Corporación, profirió auto dentro del expediente de tutela radicado bajo el número **11001-03-15-000-2021-01444-00** actor: JAIRO ARENAS OSORIO contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA, mediante el cual dispuso:

“PRIMERO: Niégase la solicitud de desvinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al presente trámite. SEGUNDO: Niégase la acción de tutela promovida por el señor Jairo Arenas Osorio, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. CUARTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

Se les informa que con esta publicación se entiende surtida la notificación de la providencia mencionada.

El presente aviso se expide en Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Atentamente,

Juan Enrique Bedoya Escobar
Secretario General



Radicado: 11001-03-15-000-2021-01444-00
Demandante: Jairo Arenas Osorio

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-01444-00
Demandante: JAIRO ARENAS OSORIO
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
Temas: Tutela contra providencia judicial – niega

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala en primera instancia la acción de tutela promovida por el señor Jairo Arenas Osorio en contra del Tribunal Administrativo de Risaralda, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al trabajo y a la vida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 "[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", modificado por el artículo 1º del Decreto 333 de 2021.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El señor Jairo Arenas Osorio, en nombre propio, presentó acción de tutela¹ con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al trabajo y a la vida.

Las mencionadas garantías las consideró trasgredidas con ocasión de la sentencia del 12 de febrero de 2021 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, a través de la cual se revocó la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira, que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la

¹ La acción de tutela se presentó el 7 de abril de 2021 vía electrónica en el Sistema de Recepción de Tutelas y Habeas Corpus de la Rama Judicial, generación de tutela en línea Generación de tutela en línea número 304008.





causa por pasiva formulada por la Contraloría Municipal de Pereira y negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el hoy accionante en contra de dicho ente de control, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el señor Reinaldo Tabares Ruiz².

En su lugar, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y, como restablecimiento del derecho, ordenó una indemnización de perjuicios morales en cuantía de veinticinco salarios mínimos mensuales vigentes.

En consecuencia, el actor solicitó:

“1. Se tutele nuestro derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA VIDA, toda vez que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA pretermitió reconocer en debida forma el restablecimiento de mi derecho en su totalidad, además pretermitió el decreto de pruebas de oficio si consideraba que existía oscuridad para desatar la alzada por mi (sic) propuesta.

2. Dejar sin valor y efecto la sentencia de segunda instancia proferida por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA, proferida dentro del proceso radicado al número 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019), en donde actuaba el suscrito como demandante.

3. Ordenar al citado Tribunal proferir en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, una sentencia ajustada a derecho y las normas que gobiernan el caso puesto a su consideración y de manera puntual ordenando el reconocimiento de mi derecho conforme a la situación fáctica ya descrita”.

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones narró, en síntesis, los siguientes supuestos fácticos:

Indicó que con ocasión de la convocatoria 305 de 2013 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) mediante Acuerdo 482 del 2 de octubre de 2013, para proveer las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa en la Contraloría Municipal de Pereira (Risaralda), optó por concursar para el empleo identificado con el número 203283-OPEC-Código 314-grado 8 denominado “Técnico Operativo”.

² Identificada con el radicado 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019), con ocasión de la convocatoria 305 de 2013 para suplir los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira, en la que el demandante optó por concursar para el empleo identificado con el número 203283 – OPEC, código 314, grado 8, denominado técnico operativo.





Señaló que mediante la Resolución 3048 del 22 de junio de 2015 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante en el empleo de carrera “Técnico Operativo, código 314, grado 08”, acto según el cual obtuvo un puntaje de 65.10, lo que le permitió ocupar el primer lugar en la lista de elegibles.

Manifestó que en razón a que una vez transcurrido el plazo legal para el nombramiento sin que se efectuara el mismo, presentó un derecho de petición el 25 de agosto de 2015 ante el contralor Municipal de Pereira, frente al cual se otorgó respuesta a través de oficio 00832 del 7 de septiembre de 2015, en el sentido de señalarle que no era posible acceder al nombramiento, toda vez que mediante la Resolución 2005 del 11 de septiembre de 2013, la CNSC actualizó el Registro Público de Carrera Administrativa y se nombró en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08, al señor Reinaldo Tabares Ruiz.

Expresó que interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de solicitar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 00832 del 7 de septiembre de 2015, proceso que fue decidido mediante sentencia del 22 de abril de 2019 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, en la que se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Contraloría Municipal de Pereira y se negaron las súplicas de la demanda.

Afirmó que en contra de esa decisión interpuso el recurso de apelación, medio de impugnación que fue desatado por el Tribunal Administrativo de Risaralda a través de sentencia del 12 de febrero de 2021, en el sentido de revocar el fallo de primera instancia y de declarar la nulidad del acto acusado, y como reparación de los perjuicios causados, impuso una condena por la suma de 25 SMLMV.

3. Sustento de la petición

Arguyó que si bien el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la nulidad del oficio 00832 del 7 de septiembre de 2015 emitido por la Contraloría Municipal de Pereira, al demostrarse que la entidad a pesar de que tenía conocimiento de que el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8 se encontraba provisto con antelación a que se realizara la convocatoria por parte de la CNSC, lo cierto es que mantuvo la oferta del referido cargo y permitió que el procedimiento surtiera todas las etapas del concurso hasta la expedición de la lista de elegibles, actuación con la que se desconocieron las reglas aplicables al concurso de méritos.

Sostuvo que en la sentencia se explicó que se vulneraron los principios de





transparencia y de publicidad que rigen las actuaciones de la administración, además del principio de confianza legítima porque se creó una expectativa para el demandante de ser nombrado en el cargo en referencia por haber ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, además de que se transgredió el derecho al trabajo, en la medida en que se le impidió el acceso al periodo de prueba y de ingresar a la carrera administrativa.

Acotó que la providencia enjuiciada no es acorde con el objetivo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el reconocimiento de los perjuicios ordenado no guarda correspondencia con la oportunidad laboral que perdió.

Afirmó que a pesar de que el acto administrativo demandado fue retirado del ordenamiento jurídico, la autoridad judicial accionada no procedió con el consecuente restablecimiento del derecho, en razón a que no se hizo una adecuada valoración de los daños irrogados, tal como lo exige el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, pues no se atendieron los principios de reparación integral, de equidad y los criterios técnicos actuariales.

Hizo referencia a que el término “restablecer” implica volver las cosas al estado anterior, por manera que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho corresponde a una pretensión de responsabilidad estatal, cuyo propósito no se agota con el examen de legalidad del acto administrativo, sino que, además, persigue la protección directa de los derechos subjetivos de la persona afectada con la decisión anulada.

Advirtió que la demanda impetrada tenía como propósito el consecuente pago de las sumas de dinero que dejó de percibir por el hecho de no haber sido nombrado en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8 en la Contraloría Municipal de Pereira, y, en razón a que no se accedió a dicha pretensión se vulneró el principio de reparación integral, pues si bien se impuso una condena pecuniaria, esta no es suficiente para reparar la pérdida de la oportunidad laboral para la que concursó y a la que tenía el derecho de acceder.

Acotó que la suma reconocida solo incluyó los perjuicios morales, es decir que se excluyó el lucro cesante consolidado y el futuro, si se tiene en cuenta que no se analizó el hecho de que si hubiera sido nombrado en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, tendría derecho de ingresar automáticamente a la carrera administrativa, e incluso de alcanzar el estatus de pensionado.

Aseguró que la autoridad judicial demandada, con fundamento en lo previsto





en el numeral 4°, artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, y con sujeción a la lista de elegibles, debió decretar una prueba de oficio y ordenar a la Contraloría Municipal de Pereira la expedición de una certificación en la que se relacionaran las vacantes de cargos de similares características para el cual concursó y que se ajustara a su perfil, para efectos de que fuera nombrado en uno de esos cargos.

4. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto del 14 de abril de 2021 se admitió la solicitud de amparo y se ordenó notificar esa decisión a los magistrados que conforman el Tribunal Administrativo de Risaralda

También se ordenó la comunicación del inicio del presente trámite al juez Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira, a los representantes de la Contraloría Municipal de Pereira, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como al señor Reinaldo Tabares Ruiz, con el fin de que manifestaran lo pertinente, por ser terceros interesados en el asunto.

5. Contestaciones e intervenciones

5.1. Tribunal Administrativo de Risaralda

La magistrada ponente de la decisión objeto de censura, refirió que no era jurídicamente viable acceder a las pretensiones de restablecimiento del derecho en los términos en los que fue deprecado, encaminado al nombramiento del actor y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, ante la inexistencia de la vacante del cargo que fue ofertado.

Lo anterior, por cuanto a través de la Resolución 2005 del 11 de septiembre de 2013 expedida por la CNSC se actualizó el Registro Público de Carrera Administrativa y se nombró en propiedad al señor Reinaldo Tabares Ruiz en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, para el cual concursó el demandante, acto administrativo que está amparado por la presunción de legalidad.

Mencionó que con base en los criterios jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado, y con sustento en el principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1988, el restablecimiento del derecho solo podía estar dirigido a la reparación del daño moral irrogado mediante el reconocimiento de la indemnización de tales perjuicios y, conforme con las reglas de la experiencia y de la sana crítica, la Sala de Decisión los valoró en una suma equivalente a 25 SMLMV.





Resaltó que el tribunal adujo los fundamentos de la negativa en ordenar el nombramiento pretendido por el actor, ante la existencia de un acto administrativo anterior y que no fue objeto de demanda, al igual que por la falta de pruebas que acreditaran la existencia de vacantes con un similar perfil al del demandante, de manera que no resulta acertado sostener que se omitió lo regulado en el numeral 4° del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 o que la autoridad judicial acusada hubiera pretermitido decretar pruebas de oficio, tal como lo consagra el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, cuando es lo cierto que nunca se adujo una deficiencia probatoria y tampoco se estimó necesario la emisión de un auto de mejor proveer.

5.2. Contraloría Municipal de Pereira

A través de la representante legal, el organismo de control manifestó que la acción de tutela es improcedente, en la medida en que no existe ninguna actuación que genere vulneración de los derechos fundamentales alegados.

Hizo referencia a que, de conformidad con la prueba allegada al expediente por el cual se tramitó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por el actor, es clara la legalidad del oficio 00832 del 7 de septiembre, ya que fue el resultado de las actuaciones adelantadas por la CNSC, las cuales deben ser acatadas por la Contraloría Municipal de Pereira.

Acotó que en razón a que la CNSC expidió la Resolución 2005 del 11 de septiembre de 2013, por medio de la cual actualizó el Registro Público de Carrera Administrativo del señor Reinaldo Tabares Ruiz y lo nombró en propiedad en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, la Contraloría Municipal de Pereira profirió la Resolución 007 del 15 de enero de 2014, a través de la cual se le asignó dicho empleo a la persona en referencia.

Advirtió que el oficio 00832 del 7 de septiembre de 2015 obedeció al cumplimiento de un deber legal y a lo ordenado en la Resolución 2005 del 11 de septiembre de 2013 expedida por la CNSC, pues la contraloría no podía desconocer los derechos que ya había adquirido el señor Tabares Ruiz, lo que condujo a que se tornara imposible el nombramiento del demandante en ese cargo.

Sostuvo que por la situación jurídica especial en la que se encontraba el accionante, el Tribunal Administrativo de Risaralda reconoció una reparación integral al mismo, de acuerdo con los perjuicios morales reclamados.





5.2. Comisión Nacional del Servicio Civil

A través de uno de los asesores jurídicos de la entidad, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva dado que no está llamada a resolver el problema jurídico planteado por el accionante, esto es, que se deje sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019).

Señaló que luego de adelantadas las etapas previstas en el concurso de méritos, la CNSC profirió la Resolución 3048 de 2015 *“por la cual se conforma y adopta la Lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado Técnico Operativo, código 314, Grado 08 de la Contraloría Municipal de Pereira, ofertado a través de la Convocatoria 305 de 2013, bajo el número 203283”*.

Aseveró que el accionante se inscribió el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, de la Contraloría Municipal de Pereira, identificado con el código OPEC 2032183, ocupando la posición número 1.

Indicó que mediante oficio con radicación 20788 del 4 de agosto de 2015 informó a la Contraloría Municipal de Pereira acerca de la firmeza de la lista de elegibles para el empleo 203283, con el fin de que, en estricto orden de mérito, procediera a realizar el nombramiento en periodo de prueba del elegible que formara parte de la lista adoptada, la cual perdió vigencia el 3 de agosto de 2017.

Por lo anterior, aseguró que las actuaciones de la entidad no guardan relación con el objeto de la controversia, razón por la cual solicitó su desvinculación del presente trámite.

5.3. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira se limitó a enviar el enlace para la consulta del expediente contentivo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por el actor. El señor Reinaldo Tabares Ruiz, a pesar de que fue notificado en debida forma, a través de la Alcaldía Municipal de Pereira, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991³ y el numeral 2°

³ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.”





del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015⁴, modificado por el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, y el Acuerdo 377 de 2018, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Cuestión previa

La Comisión Nacional del Servicio Civil en el informe rendido solicitó su desvinculación al trámite de la acción de tutela de la referencia por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

Al respecto, se tiene que no es posible acceder a la petición formulada, en razón a que la vinculación de la entidad se hizo en la condición de tercero interesado, por haber expedido las resoluciones por las cuales se abrió la convocatoria al concurso de méritos y se conformó la lista de elegibles para el cargo al cual aspiró el demandante.

2.3. Problema jurídico

En el asunto bajo estudio corresponde a la Sala determinar si el Tribunal Administrativo de Risaralda, con la sentencia de segunda instancia dictada el 12 de febrero de 2021 en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por el actor, se vulneraron los derechos fundamentales alegados.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **ii)** estudio sobre los requisitos adjetivos de procedibilidad; y, finalmente, de encontrarse superados se estudiará, **iii)** el fondo del reclamo.

2.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012⁵, unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁶, y en ella concluyó:

⁴ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.”

⁵ Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. M.P. María Elizabeth García González.

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.





*“(…) si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”⁷* (Negrilla fuera de texto)

Conforme con el anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencias judiciales y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indicó la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “**...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...**”. En efecto, es sabido que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo –procedencia sustantiva– y cuáles impiden adentrarse en el fondo del asunto –procedencia adjetiva–.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i*) que no se trate de tutela contra una decisión de la misma naturaleza; *ii*) subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; *iii*) la inmediatez y *iv*) la relevancia constitucional.

⁷ *Ibídem.*

⁸ Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.





Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará improcedente el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala analizar la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Cabe reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.5. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

2.5.1. No se trata de una tutela contra otra decisión de igual naturaleza, puesto que la providencia que censura la parte actora fue proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor Jairo Arenas Osorio en contra de la Contraloría Municipal de Pereira y la Comisión Nacional del Servicio Civil, con radicación 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-627-2019).

2.5.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela pretende cuestionar el fallo proferido el 12 de febrero de 2021 por el Tribunal Administrativo de Risaralda - Sala Segunda de Decisión, mientras que la petición de amparo se presentó el 7 de abril del año que cursa, sin que sea necesario establecer la fecha de notificación de la sentencia, ya que fue interpuesta dentro del plazo razonable de seis (6) meses.

Lo anterior, en atención a la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, providencia en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adoptó los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que seis (6) meses es el término razonable para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

2.5.3. Respecto a la subsidiariedad, la Sala encuentra que el actor no dispone de otros medios de defensa judicial, ordinarios o extraordinarios,





para censurar el proveído proferido por la aludida autoridad judicial demandada, pues lo que manifiesta no se ajusta a las causales taxativas contempladas en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011 para que proceda el recurso extraordinario de revisión.

A su vez, cabe destacar que los sustentos contenidos en la demanda de acción de tutela no concuerdan con los presupuestos necesarios para la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, ya que no se alega el desconocimiento de alguna decisión de esa naturaleza.

2.5.4. Por último, es del caso advertir que los reparos contra la providencia cuestionada pretenden poner de presente las irregularidades en que incurrió la autoridad judicial demandada al dictarla, en tanto comprometen garantías de orden superior, más allá del debate legal surtido en las instancias ordinarias, por lo que el asunto es relevante desde el punto de vista constitucional.

Superadas dichas exigencias, la Sala abordará el análisis de los yerros alegados, los cuales corresponden al defecto fáctico, a la violación directa de la Constitución y al desconocimiento del precedente, sin perjuicio de resaltar el carácter excepcional de la tutela, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales.

2.6. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, se tiene que la parte actora considera que el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la providencia objeto de reproche, vulneró los derechos fundamentales invocados, toda vez que omitió la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁹, referente a que, dentro de cualquier proceso que se adelante en la administración de justicia, procede la valoración de los daños irrogados a las personas, para lo cual se deberán observar los principios de reparación integral, de equidad y los criterios técnicos actuariales.

⁹ “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

(...)

“Artículo 16. ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.





Igualmente sostuvo que la autoridad judicial demandada omitió el decreto de pruebas de oficio, con el fin de que se dispusiera el nombramiento del demandante en un cargo vacante en la Contraloría Municipal de Pereira, con similares condiciones al que no pudo ocupar.

Sobre el particular, se tiene que si bien el demandante no invocó en forma expresa la configuración de alguna causal de procedencia contra providencia judicial, del análisis del escrito contentivo de la petición se tiene que uno de sus reproches encaja en la definición del defecto sustantivo por falta de aplicación de la normativa relacionada con la valoración de los daños con miras a la obtención de una reparación integral dentro del proceso promovido.

Consideró el accionante que ante la ausencia de aplicación del postulado en referencia, no se accedió al restablecimiento del derecho deprecado en la demanda, pues dicha pretensión estaba dirigida a que fuera nombrado en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, para el cual concursó y ganó, o en uno de similares características que estuviera vacante en la Contraloría Municipal de Pereira, y que se indemnizara de manera integral el daño padecido, para cuyo efecto debían cancelarse todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir por la pérdida de oportunidad de no acceder a la carrera administrativa.

Adicionalmente, estimó que el juez de segunda instancia omitió decretar las pruebas de oficio orientadas a establecer la existencia en la Contraloría Municipal de Pereira de cargos vacantes que se ajustaran a su perfil laboral, lo que en criterio de esta Sala configura un defecto fáctico.

2.6.1. Defectos sustantivo y fáctico

En relación con el defecto sustantivo, se ha considerado que este se configura cuando:

“(…) a actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (ii) es inconstitucional, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le (sic) reconoce a las autoridades judiciales, se produce (iv) un grave error en la interpretación de la norma, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con





efectos erga omnes o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución”¹⁰.

Y en cuanto al defecto fáctico esta Sala, en decisión del 12 de noviembre del 2015¹¹, precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, en el sentido de señalar que los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

El accionante debe precisar en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada, los derechos de terceros, la seguridad, la buena fe y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución Política.

Así mismo, deben ser cuidadosos los interesados al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador.

La Sala pone de presente que para resolver los reproches planteados se hará el análisis en forma conjunta de los defectos fácticos y sustantivo, por estar estrechamente relacionados.

Para el efecto, se tiene que la autoridad judicial demandada, de manera preliminar, analizó el marco jurídico del derecho al acceso a cargos públicos a través de los concursos de méritos, para luego señalar que ante la petición formulada por el actor el 25 de agosto de 2015 a la Contraloría Municipal de Pereira para que fuera nombrado en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, para el cual se inscribió el accionante y en el que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, la citada entidad mediante el Oficio

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T - 464 de 2011, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01.





00832 del 7 de noviembre de 2015 negó dicho nombramiento con el argumento referente a que no era posible en virtud de lo establecido en la Resolución 2005 del 11 de septiembre de 2013, expedida por la CNSC, pues el cargo ofertado ya lo ostentaba el señor Reinaldo Tabares Ruiz, por actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa.

En ese sentido, el Tribunal Administrativo de Risaralda determinó que la Contraloría Municipal de Pereira, en el trámite del concurso de méritos 482 del 2 de octubre de 2013, incurrió en irregularidades por haber ofertado y sometido a concurso un cargo que ya lo ocupaba en propiedad un tercero, inclusive desde antes de la apertura de la convocatoria.

Resaltó que la Contraloría Municipal de Pereira tenía pleno conocimiento de que, respecto del cargo ofertado, ya existían unos derechos de carrera a favor de la persona que lo ostentaba, sin que se tomara ninguna medida o actuación tendiente a conjurar la falta cometida, pues, no modificó la oferta del empleo y dejó avanzar el concurso en todas sus etapas hasta la expedición de la lista de elegibles, en la que el actor se encontraba en el primer lugar de puntuación.

En esos términos, concluyó que se vulneró por parte de la Contraloría Municipal de Pereira el Acuerdo 482 del 2 de octubre de 2013, por el cual la CNSC convocó a concurso público de méritos para proveer los empleos vacantes de la carrera administrativa en la Contraloría Municipal de Pereira – Convocatoria 305 de 2013, al igual que el artículo 14 del Decreto 1227 de 2005, además de los principios de transparencia y publicidad que rigen las actuaciones administrativas y sorprendió al demandante, quien se sujetó a las reglas del concurso de buena fe, con una negativa para su nombramiento, sin que tal decisión tuviera respaldo legal alguno.

Explicó que el acto administrativo acusado se expidió de manera irregular y con infracción de los derechos al trabajo, al debido proceso, al acceso a la carrera administrativa y al principio de confianza legítima del demandante, razón por la cual declaró la nulidad de la decisión.

Ahora bien, para determinar el restablecimiento del derecho, el tribunal hizo referencia a las pruebas documentales allegadas al proceso y a las solicitadas por el demandante. Para el efecto, sostuvo que se recaudó el testimonio de los señores Juan Carlos Vélez Franco y Héctor Vélez Giraldo, al igual que se practicó el interrogatorio de parte al actor, a instancia de la Contraloría Municipal de Pereira.

Una vez analizados todos los elementos de convicción de cara a establecer el restablecimiento del derecho, la corporación judicial demandada sostuvo





que era imposible ordenar el nombramiento del actor en periodo de prueba, toda vez que el cargo para el cual concursó no podía ser ofertado y, menos aun, surtirse el trámite y culminación del concurso, dada la inexistencia de la vacante en razón al acto administrativo por el cual se nombró en propiedad al señor Reinaldo Tabares Ruiz, decisión que se encuentra amparada de presunción de legalidad y que no fue objeto de demanda por el actor ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así pues, la Corporación concluyó que solo había lugar al reconocimiento de los perjuicios morales ante la imposibilidad de que el actor fuera nombrado en el cargo para el cual concursó, en los términos que se exponen a continuación:

“En tal virtud, el restablecimiento del derecho del demandante solo puede estar dirigido a la reparación del daño irrogado, mediante el reconocimiento de los perjuicios morales deprecados, entendidos estos como “la afectación sufrida de bienes no patrimoniales que causa a una persona un acto contrario a derecho. Con su reconocimiento se busca compensar el dolor antijurídico, el impacto sentimental que sufrió una persona como consecuencia del proceder del Estado”¹².

Estima este colegiado que es procedente dicha indemnización, en aplicación del principio de reparación integral y en la medida en que dicho perjuicio se encuentra acreditado dentro del proceso, de acuerdo con la prueba testimonial practicada, la cual da fe del dolor, congoja, angustia y aflicción que ha producido al actor la negativa, que se ha señalado ilegal, de la entidad a nombrarlo en periodo de prueba en el cargo para el cual concursó, impidiéndole el acceso a la carrera administrativa para obtener recursos económicos fijos para su sostenimiento y el de su familia, los cuales conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica, valora la Sala en la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia” (Se destaca).

Para la finalidad antes señalada, explicó que no había lugar al reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde cuando debió ser nombrado, sobre la base de considerar que el demandante no podía adquirir la condición de empleado público por las razones ya anotadas.

Es así como el tribunal, con fundamento en criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado¹³, sostuvo que en algunas oportunidades, como sucedió

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de marzo de 2009, radicación 44001-23-31-000-2003-00499-01 (7150-05), actor: Samuel Santander Lanao Robles, CP Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, radicación 76001-23-31-000-2011-00281-02(21082), actor: Sociedad Solanillas SA, demandado:





en el caso objeto de controversia, no es posible un restablecimiento del derecho al estado anterior al de la expedición del acto administrativo demandado, situación que abre paso a la indemnización por los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por el demandante, de acuerdo con lo probado en el proceso y en atención a las reglas de la sana crítica.

Por otro lado, el actor cuestionó la presunta omisión del Tribunal Administrativo de Risaralda en decretar una prueba tendiente a que se ordenara a la Contraloría Municipal de Pereira que lo nombrara en un cargo con condiciones similares al del cargo para el cual había concursado.

Sobre este punto, es importante señalar que de la lectura de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentra que a pesar de que el actor solicitó, a título de restablecimiento del derecho, que se ordenara a la Contraloría Municipal de Pereira el nombramiento en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 8, o *“en su defecto a otro cargo de similar o de igual categoría en la misma entidad”*, es claro que de la relación de los elementos de convicción aportados al proceso y de aquellos respecto de los cuales solicitó su práctica, no se advierte la existencia de ninguno tendiente a demostrar que la Contraloría Municipal de Pereira tenía en la planta de personal un empleo vacante con los requisitos necesarios que se ajustaran a su perfil laboral y académico.

Debe recordarse que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, sin perjuicio de la facultad oficiosa del juez de decretar pruebas de oficio.

Empero, es preciso indicar que en este asunto, en razón a que el demandante solicitó expresamente que se dispusiera el nombramiento en otro empleo con iguales o similares características respecto del cual concursó, es claro que debió solicitar en la demanda el decreto de las pruebas pertinentes para acreditar la existencia de cargos vacantes en la Contraloría Municipal de Pereira, con el fin de que fuera analizada por el juez la viabilidad jurídica de acceder a esa solicitud.

Lo anterior, con sustento adicionalmente, en el inciso cuarto del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, que establece el deber constitucional de quien acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para el buen funcionamiento de la administración de justicia, de cumplir con las procesales y probatorias previstas en esa codificación.

Municipio de Cali; asimismo, sentencia del 18 de julio de 2018, Sección Segunda, Subsección A, radicación 52001-23-33-000-2011-00207-01 (0501-17), actor: Martha Elena Muñoz Rebolledo.





Así pues, no puede el demandante sostener que el juez omitió el decreto de las pruebas de oficio con el propósito ya señalado, en atención a que esa carga era de su resorte, con miras a la obtención del restablecimiento del derecho deprecado; luego no es válido pretender subsanar en sede de tutela su propia incuria durante el curso del proceso ordinario.

De lo expuesto, se advierte que la autoridad demandada realizó un análisis normativo razonable y ponderado de la normativa que regula la valoración de daños para efectos de establecer una reparación integral al demandante, basado en el principio de autonomía que rige las actuaciones judiciales y en las reglas de la sana crítica, de cuyo estudio concluyó que no era procedente el restablecimiento pretendido por ser inviable jurídicamente, razón por la cual dispuso una indemnización por los perjuicios morales irrogados ante la negativa de su nombramiento en periodo de prueba en el cargo para el cual concursó.

Por consiguiente, la Sala no encuentra que exista algún elemento que vulnere los derechos fundamentales cuya protección invocó la parte actora, toda vez que la decisión se ajustó integralmente a las normas legales vigentes que rigen el punto relacionado con la indemnización de perjuicios, aunado a que no omitió el decreto de pruebas para establecer el restablecimiento del derecho deprecado, razón por la cual se negará la solicitud de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Niégase la solicitud de desvinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al presente trámite.

SEGUNDO: Niégase la acción de tutela promovida por el señor Jairo Arenas Osorio, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

CUARTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE





Radicado: 11001-03-15-000-2021-01444-00
Demandante: Jairo Arenas Osorio

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8086>”

