|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190003200** |
| DEMANDANTE | **JULIÁN MOSQUERA TOVAR** |
| DEMANDADO | **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**  |

JULIÁN MOSQUERA TOVAR actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA con el fin de proteger su derecho fundamental de igualdad y debido proceso

Mediante providencia de enero 29 de 2019 el CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN CUARTA, declaro la falta de competencia y ordenó su remisión a los juzgados del circuito de Bogotá (reparto).

En auto de 15 de febrero de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar al Representante Legal de INVIMA.

Con auto del 25 de febrero de 2018 se ordenó vincular.

En informe secretarial del 28 de febrero de 2019 se anotó: *“MEMORIAL DE ACCIONANTE SOLICITANDO DESVINCULACION DE TUTELA (FEBRERO 27 DE 2019), CONTESTACION A TUTELA POR CNSC (FEBRERO 27 DE 2019). SIRVASE PROVEER.”*

1. **LA DEMANDA:**

**El accionante solicita que se ordene al Representante Legal del INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS-INVIMA que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a nombrarla y posesionarla en periodo de prueba en el cargo de carrera Profesional Universitario código 2044 grado11, conforme a la lista de elegibles conformada con Resolución No. CNSC-20182110109735 de 15 de agosto de 2018.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

*“Participé como Concursante en la Convocatoria No. 428 de 2016 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, para el cargo de carrera administrativa de Código OPEC 41947 denominación del Cargo Código 2044 Grado 11 del INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA en la ciudad de Bogotá, superando todas las pruebas y etapas del concurso de méritos (conocimientos básicos y funcionales, comportamentales y de antecedentes), por lo cual me encuentro en Segundo lugar de la lista para proveer las Tres vacantes que se ofertaron en la OPEC No. 41947, como lo prueba la Resolución CNSC - 20182110109735 del 15 de agosto de 2018, que compone la lista de elegibles del cargo que gané (se anexa como prueba). ANEXO 1. lista de elegibles en firme.*

*Actualmente me encuentro ocupando el mismo cargo como FUNCIONARIO PROVISIONAL Profesional Universitario Código 2044 grado 11, al igual que la OPEC 41947 del cual soy segundo en la lista elegibles del INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA en la ciudad de Bogotá y que tengo un Derecho adquirido a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba, SIN AFECTAR A NINGÚN OTRO FUNCIONARIO, más ¥ cuando sí se vulneran mis derechos del ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), IGUALDAD (art. 13 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÍTIMA.*

*Dicha RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182110109735 de 15 de agosto de 2018, contiene la lista de elegibles que se encuentra en firme desde el día 27 de Agosto de 2018 y está debidamente comunicada a los interesados (elegibles y el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA), según lo prueba: 1) la comunicación hecha a través del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE) que se puede verificar con la OPEC No. 41947 (Convocatoria 428 de 2016 - INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA, en la página oficial del Banco de Listas de Elegibles: http://qestion.cnsc.qov.co/BNLEIeqiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml así como en el comunicado informativo que de allí se descarga y se anexa como prueba, y que muestra en un cuadro de texto la firmeza de la lista de elegibles desde el 27 de agosto de 2018; 2) Igualmente dicha firmeza de la lista fue comunicada el 27 de agosto de 2018 por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- al INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA mediante el Oficio de la CNSC No. 20182120472351 del 27 de agosto de 2018, en el cual el Comisionado FRIDOLE BALLEN DUQUE, -aunado a comunicar la firmeza de la lista-, le indica a la ENTIDAD que conforme el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, deberá efectuar los nombramientos en estricto orden de mérito, esto es, dentro de los 10 días siguientes a la comunicación (…)*

*4) Es de vital importancia aclarar que la lista de elegibles tiene una vigencia corta en el tiempo de apenas dos años (conforme el Art. 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004), lo cual, como lo ha señalado la CORTE CONSTITUCIONAL (Sentencia T-133 de 2016), ante la premura del tiempo, es otra de las causales de la procedencia de la Acción de Tutela en estos casos, superándose el requisito de subsidiariedad frente a un proceso contencioso administrativo demorado. En el caso particular mi lista de elegibles OPEC 41947 según lo establece la CNSC en la página del Banco Nacional de Listas de Elegibles, tiene vigencia hasta el 26 de agosto de 2020.*

*5) Tengo un derecho adquirido a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba, el cual está dentro de mi patrimonio conforme el artículo 58 constitucional, -y no una mera expectativa-, al estar la lista de elegibles en firme y debidamente comunicada al INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA, para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 16, según lo ha señalado la jurisprudencia unificada de la CORTE CONSTITUCIONAL, contenida en la Sentencia SU-913 de 2009 (pág. 145),(…)*

*6) El 10 de Septiembre de 2018, se cumplieron los 10 días hábiles "máximos" (palabra utilizada en el art. 9 Acuerdo 562 de 2016) que tenía el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA para realizar mi nombramiento y posesión en periodo de prueba, conforme lo ordena el artículo 9 del Acuerdo 562 de 2016P1 de la CNSC, que regula el manejo de las listas de elegibles; no obstante lo anterior, a la fecha de presentación de esta demanda, la entidad accionada no ha procedido a efectuar dicha actuación de nombramiento y posesión en periodo de prueba”*

**2. ACTUACIÓN PROCESAL**

* 1. La presente demanda fue radicada el 28 de noviembre de 2018 ante el Consejo de Estado. ( folio 13 de cp)
	2. Mediante providencia el 7 de diciembre de 2018 se requirió a la parte actora. (folio 15 del cp)
	3. Mediante mensaje de datos el 14 de diciembre el actor contesto lo requerido. (folio 17 a 19 del cp)
	4. Con providencia del 29 de enero de 2019 el Consejo de Estado – Sección Cuarto declaro la falta de competencia y remitió el proceso a los Juzgados Administrativos**.**
	5. Por reparto del 14 de febrero de 2019 correspondió a este Despacho. (folio 55 del cp)
	6. providencia del 15 de febrero de 2019 se admitió la demanda. (folio 56 del cp)
	7. con auto del 25 de febrero de 2018 se ordenó vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a terceros interesados.

**3. LA IMPUGNACIÓN**

**3.1.** Notificado el demandado **Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) el** 18 de febrero de 2019 el INVIMA contestó manifestando lo siguiente:

*“A LAS PRETENSIONES*

*Me opongo a todas y cada una de las peticiones de la accionante, como quiera que el actuar del Invima, no ha vulnerado ningún derecho de la tutelante y se ha limitado a obedecer una orden judicial emitida por el Honorable Consejo de Estado, quien es un ente colegiado competente para emitir éste tipo de pronunciamientos.*

*FUNDAMENTOS DE DEFENSA*

*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*

*El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA-, fue creado en virtud del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" el cual señala:*

*"ART. 245. —El Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. Créase el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es ¡a ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva."*

*Posteriormente el Decreto 1290 de 1994 precisó las funciones del INVIMA y estableció su organización básica definiéndolo como un establecimiento público del orden nacional*

*de carácter científico y tecnológico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, perteneciente al sistema de salud y con sujeción a las disposiciones generales que regulan su funcionamiento.*

*Con la expedición del Decreto 2078 de 2012, el INVIMA asumió una nueva estructura mediante la implementación de modelos de gestión del riesgo y la puesta en marcha de sistemas de información y comunicación que le permiten cumplir con los requerimientos del mercado local e internacional en materia de vigilancia sanitaria para alimentos, medicamentos, cosméticos, dispositivos médicos, y demás listados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, actuando como institución de referencia nacional en materia sanitaria, generando las condiciones necesarias para promover y proteger la salud individual y colectiva de la población.*

*Como quiera que el Invima, es un establecimiento público del orden Nacional, la provisión de los empleos vacantes establecidos en su planta de personal, debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política que indica lo siguiente:*

*"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la lev, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la lev para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción." (Negrillas y subrayas propias).*

*ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las gue tengan carácter especial."*

*En consecuencia, la competencia para convocar los concursos de méritos y definir la metodología de los mismos, por mandato constitucional está en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*La Ley 909 de 2004, que reguló el empleo público y la gerencia pública, entre otros asuntos, establece lo siguiente: "Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:*

*(...)*

*a. Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;*

*(...)*

*Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;*

*(...)*

*"Artículo 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño."*

*"Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.*

*Los convenios o contratos se suscribirán preferencia/mente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.*

*La Comisión acreditará como entidades idóneas para adelantar los concursos a las universidades públicas y privadas y a las instituciones de educación superior que lo soliciten y demuestren su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como capacidad logística para el desarrollo de concursos. El procedimiento de acreditación será definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión."*

*A su vez, el Decreto 2539 de 2005, establece las competencias laborales generales para los empleos públicos de los niveles jerárquicos de las entidades a las cuales aplican los decretos-ley 770 y 785 de 2005. Y, es precisamente el Decreto 770 de 2005, el que establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondiente a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la ley 909 de 2004.*

*(…)*

*1. Hay un total de 6 convocatorias suspendidas:*

*• Convocatoria No. 326 de 2015 - DAÑE (Departamento Nacional de Estadística). Cuyo estado actual del proceso es pendiente para fallo.*

*• Convocatoria No. 328 de 2015- SDH (Secretaría Distrital de Hacienda). Cuyo estado actual del proceso es pendiente para fijar fecha y hora para audiencia inicial.*

*• Convocatoria No. 428 de 2016- Grupo de Entidades del Orden Nacional. Cuyo estado actual del proceso es pendiente para fijar fecha y hora para audiencia inicial.*

*• Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia. Cuyo estado actual del proceso es pendiente para fijar fecha y hora para audiencia inicial.*

*• Convocatoria No. 430 de 2016 - Superintendencias de la Administración Pública. Cuyo estado actual del proceso es pendiente para fijar fecha y hora para audiencia inicial.*

*• Convocatoria No. 434 de 2016 - Educación, Cultura y Deporte - CCLDEPCRTES. Cuyo estado actual del proceso es pendiente para fijar fecha y hora para audiencia inicial.*

*2. En la Convocatoria No. 428 de 2016- Grupo de Entidades del Grden Nacional, de las 18 entidades que involucra, las siguientes 5 entidades no fueron suspendidas:*

*• Comisión Nacional del Servicio Civil*

*• Fondo Previsión Social del Congreso de la República*

*• Junta Central de Contadores • Agencia de Derechos de Autor*

*• Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas- IPSE".*

*Por otro lado, sea del caso mencionar que el Invima le solicitó al Consejo de Estado aclarar si la suspensión dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil implica que el Invima también suspenda las actuaciones administrativas que se derivan de la mencionada convocatoria y el Consejo de Estado mediante Auto de fecha 1o de octubre en el Expediente: 11001-03-25-000-2018-00368-00, resolvió negar las solicitudes de aclaración, adición y corrección y no resolvió de fondo la solicitud. Adicionalmente, queda pendiente resolver dentro del expediente el recurso de súplica, la solicitud de nulidad y la acumulación de numerosas demandas de nulidad simple que se encuentran en curso ante del Consejo de Estado.*

*De otra parte, la CNSC emitió un Comunicado el 8 de octubre de 2018 señalando que las entidades objeto de la Convocatoria 428 de 2016 debemos respetar el derecho de los elegibles a ser nombrados en periodo de prueba, razón por la se hace necesario indicar que para el Invima es prioritario el cumplimiento de la Ley, y en este sentido desarrolla y ejecuta todos sus actos de gestión, somos defensores del mérito y esperamos contar con una planta de personal integrada por funcionarios seleccionados por concurso. Ante la decisión del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, es deber de este Instituto cumplir la orden judicial en el marco de la convocatoria 428 de 2016, y hasta tanto exista un nuevo pronunciamiento de fondo que permita continuar con dicho trámite, no expedirá actos administrativos de nominación relacionados con la Convocatoria, respetando la medida cautelar.*

*(…)”*

Notificada la comisión el 26 de febrero de 2019 la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** se pronunció en los siguientes términos:

*“(…) CASO CONCRETO*

*En virtud de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil, es el organismo encargado de la administración y vigilancia del Sistema General de Carrera y de los Sistemas Especiales y Específicos de Carrera Administrativa de origen legal; así mismo, el literal a) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 consagra que es función de la CNSC, establecer los reglamentos y los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera.*

*Así las cosas, la Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de sus competencias Constitucionales y Legales, procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer las vacantes definitivas de las plantas de personal de dieciocho (18) entidades del Orden Nacional; proceso que se identificó como "Convocatoria No. 428 de 2016-Grupo de Entidades del Orden NacionaT. Para tal efecto, se expidió el Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000086 del 01 de junio de 2017 y No. 20171000000096 del 14 de junio de 2017.*

*Los anteriores Acuerdos establecen los lineamientos y parámetros respecto de los cuales se lleva a cabo la Convocatoria.*

*De conformidad con lo establecido en el numeral 1o del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la Convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes.*

*En este sentido, deviene procedente enunciar algunos apartes de la Sentencia SU - 446 de 2011, en la cual la Corte Constitucional, señaló:*

*"...Dentro de este contexto, la convocatoria es, entonces, "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada"*

*En consecuencia el Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos No. 20171000000086 del 01 de junio de 2017 y 20171000000096 del 14 de junio de 2017, por el cual, se convocó el proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de dieciocho (18) entidades del Orden Nacional, es la norma que autovincula y controla el concurso de méritos denominado Convocatoria No. 428 de 2016.*

*Ahora bien, tenemos entonces que las pretensiones de la acción de tutela, se centran en reprochar el actuar del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) frente a las firmezas de lista de elegibles de la Convocatoria No. 428 de 2016 - Grupo de Entidades del Orden Nacional.*

*(…)*

*SITUACIÓN DEL ACCIONANTE EN EL PROCESO DE SELECCIÓN*

*Revisado el aplicativo SIMO se estableció que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo identificado con código OPEC No. 41947 (Profesional Universitario) - Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) - Convocatoria No. 428 de 2016.*

*Mediante la Resolución No. 20182110109735 del 15 de agosto de 2018 se conformó la Lista de Elegibles para proveer 3 vacantes del empleo a que se inscribió el accionante, Lista en la cual ocupo la posición 2:*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *Posición* | *Tipo Documento* | *Documento* | *Nombres* | *Apellidos* | *Puntaje* |
| *2* | *CC* | *7175554* | *JULIAN*  | *MOSQUERA TOVAR* | *60.57* |

*Cabe hacer mención que la lista de elegibles en comento, fue publicada el 16 de agosto de 2018 y cobro firmeza el día 27 de agosto de esta anualidad”*

**3.2.** Notificados los terceros con interés directo 26 de febrero de 2019 los RAMÍREZ CAMARGO VÍCTOR HUGO, ROJAS CLAVIJO CARLOS ALDEMAR no contestaron.

**3.3.** El vinculado CNSC aportó constancia del envío de correo electrónico al tercero con interés DECY PÉREZ INFANTE; sin embargo, la vinculada no contesto.

**4. LAS PRUEBAS:**

El demandante aportó las siguientes pruebas para acreditar los supuestos de hecho de la demanda:

* Copia de la resolución 20182110109735 del 15 de agosto de 2018.

**5. CONSIDERACIONES:**

* 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

* 1. Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, toda vez que la entidad no ha realizado las actuaciones pendientes para su nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de carrera profesional especializado código 2028 grado 18.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionante ante las actuaciones de la entidad?**

La respuesta al anterior interrogante es negativa por las siguientes razones:

El **derecho a la igualdad** está consagrado en el artículo 13 de la Carta Política[[1]](#footnote-1) y es un derecho de aplicación inmediata por expreso mandato constitucional[[2]](#footnote-2) y éstos derechos tienen el carácter de fundamentales susceptibles de ser amparados por vía de tutela.

*“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico.*

***Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado****.* ***De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional. En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre (negrita fuera de texto)****[[3]](#footnote-3).*

El artículo 29 de la Constitución Política establece que el **debido proceso** se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La jurisprudencia constitucional ha expresado frente al debido proceso que:

“*Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.*

*La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales.*

*Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.*

*… Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestran su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen”* [[4]](#footnote-4)

**DERECHO AL TRABAJO**

*“La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”[[5]](#footnote-5)*

En el caso en estudio, la parte actora afirma que le han vulnerado sus derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, toda vez que no ha sido nombrada y posesionada en periodo de prueba en el cargo de carrera profesional especializado código 2044 grado 11, conforme la lista de elegibles resolución No. CNSC-20182110109735 del 15 de agosto de 2018.

Revisada la estructura del proceso del concurso aquel no ha finalizado, se observa que la accionante se encuentra en la etapa de conformación de lista de elegibles y periodo de prueba, esta última con la cual finaliza el proceso de la convocatoria, por lo tanto, se encuentra atada a la decisión tomada por el Consejo de Estado.

La entidad accionada también manifiesta que no ha continuado con el concurso no solo en virtud de las providencias emitidas por el Consejo de Estado dentro del proceso 11001-03-25-000-2017-00326-00, sino por el auto emitido por la misma corporación dentro del proceso 11001-03-25-000-2018-00368-00 de fecha 6 de septiembre de 2018.

Así las cosas, se puede concluir que la convocatoria No. 428 de 2016 se encuentra suspendida por una medida cautelar de suspensión provisional de actuación administrativa, emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 6 de septiembre de 2018 dentro del proceso 11001-03-25-000-2018-00368-00.

Por otro lado, el hecho de que la lista de elegibles fuera comunicada, no implica que exista un derecho adquirido, si se tiene en cuenta que las fases del concurso culminan con el periodo de prueba.

Asi las cosas, no existe vulneración alguna a los derechos alegados por la accionante, pues dentro del acervo probatorio que obra en el expediente no aparece probada la circunstancia que, según el accionante, le desconoce sus derechos, más si se tiene en cuenta que el concurso de méritos no ha concluido y que además no se probó que otros participantes en su misma situación hayan sido nombrados y posesionados por la accionada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** **NIÉGUESE** la Acción de Tutela impetrada por **JULIÁN MOSQUERA TOVAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante **JULIÁN MOSQUERA TOVAR** y al Representante Legal del INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS-INVIMA y al de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVILy/o a quien haga sus veces.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

JBR

1. **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 85 de la Constitución Nacional [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-818/10 [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia T-521, septiembre 19 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-593 de 2014 [↑](#footnote-ref-5)