



Bogotá, D.C, uno (1) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	ACCIÓN DE TUTELA
<b>RADICACIÓN No.:</b>	<b>110013343064-2019-00038-00</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ
<b>DEMANDADO:</b>	INSTITUTO NACIONAL DE SALUD – INS COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – MHCP
<b>ASUNTO</b>	FALLO TUTELA

**ACCIÓN DE TUTELA  
SENTENCIA No. 18**

**I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Despacho a emitir fallo de primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ** contra del **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD – INS**, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al *acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, el trabajo en condiciones dignas, el debido proceso y la confianza legítima.*

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. HECHOS Y PRETENSIONES**

**- Hechos**

-. Indicó el accionante que participó en la convocatoria No. 428 de 2016 adelantada por la CNSC, para el cargo de carrera administrativa de **Profesional Especializado Código 2028 Grado 23<sup>1</sup>** de INS en Bogotá, superando todas las pruebas y etapas del concurso de méritos ocupando

<sup>1</sup> Vacante que se ofreció en la OPEC No. 18270 tal como se observa en la Resolución 20182110115535 de 16 de agosto de 2018.

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

el **1º puesto** de la lista de elegibles, mediante Resolución N° CNSC – 20182110115535 de 16 de agosto de 2018.

-. Adujo, que con la Resolución No. CNSC-20182110115535 de fecha 16 de agosto de 2018, se encuentra en firme desde el 27 de agosto de 2018<sup>2</sup>, por cuanto: i. está debidamente comunicada a los interesados a través del Banco Nacional de Listas de Elegibles – BNLE; ii. dicha firmeza le fue comunicada al INS según se desprende de la Resolución CNSC-20182120127055 de 10 de septiembre de 2018 cuando la CNSC rechazó por improcedente una solicitud de exclusión de listas de elegibles, solicitud en la cual no estuvo incluida la del accionante; iii. no estuvo cobijada con las decisiones de medidas cautelares tomadas por el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A mediante autos de fecha 23 de agosto y 6 de septiembre de 2018 dentro de los procesos 11001-03-25-000-2017-00326-00 y 11001-03-25-000-2017-00368-00 respectivamente, por cuanto dichas decisiones solo se refirieron a actuaciones administrativas de la CNSC y no a lo adelantado por entidades como el INS ni a la lista de elegibles del actor, por cuanto ya había quedado en firme al momento de expedición y ejecutoriedad de dichas disposiciones judiciales.

-. Al haber cobrado firmeza la lista de elegibles desde el 27 agosto de 2018, según el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083, el INS debió efectuar su nombramiento dentro de los 10 días siguientes a la comunicación, para dicha actuación administrativa tenía un plazo hasta el 10 de septiembre de 2018. Frente a lo anterior, instauró petición de información a través del sistema de PQRS de esa entidad el día 23 de septiembre de 2018. A esta petición el INS emitió respuesta el 12 de octubre de 2018 indicándole que no podrán realizar su nombramiento porque carecen de disponibilidad presupuestal, ante lo cual, se encuentran haciendo las gestiones ante el MHCP para la solicitud de los recursos restantes. Refiere que esta es una de varias respuestas dilatorias que ha dado el INS respecto de esta situación.

---

<sup>2</sup> Un aspecto que resalta el actor respecto de la lista de elegibles del cargo que ganó tiene que ver con que la misma tiene una vigencia corta en el tiempo, de apenas 2 años.

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019.00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

-. Ante este argumento del INS expresa el actor que la justificación del déficit presupuestal no resulta aceptable por cuanto el cargo para el cual concursó y ganó está ocupado en provisionalidad, por lo que el argumento resulta falso, porque surge la pregunta sobre con qué recursos le están pagando a la persona que ocupa el cargo en provisionalidad?

-. Argumenta el accionante que tiene un derecho adquirido a ser nombrado y posesionado en período de prueba, el cual está dentro de su patrimonio en los términos del artículo 58 de la Carta, no es una mera expectativa, por cuanto la lista de elegibles está en firme y debidamente comunicada al INS. Alude al respecto a la Sentencia SU-913 de 2009, la cual, a su juicio, debe ser observada, en virtud del artículo 10 de la Ley 1437.

-. Citó dentro de sus argumentos el accionante el documento denominado Criterio unificado sobre el derecho del elegible emitido por la CNSC el 11 de septiembre de 2018<sup>3</sup>. Esgrimió además que otras entidades que participaron en la Convocatoria 428 de 2016, como el Ministerio de Justicia y la Dirección Nacional de Derechos de Autor, han adelantado las actuaciones administrativas necesarias para los nombramientos y posesiones en período de prueba de aquellas listas de elegibles que la CNSC les comunicó y que quedaron en firme el 27 de agosto de 2018.

-. Aportó un listado de 12 fallos de diversos despachos judiciales en los que han sido protegidos los derechos fundamentales de personas en su misma situación.

-. Manifestó finalmente que en virtud de la confianza legítima generada por haber obtenido el primer lugar en la lista de elegibles, ha formulado un

<sup>3</sup> En el cual concluyó la CNSC: “De lo anterior se colige que todas las listas de elegibles que cobren firmeza con anterioridad a la notificación de una medida cautelar de suspensión provisional, respecto a la competencia de la CNSC, constituyen para los elegibles en posición de mérito, un derecho consolidado y subjetivo a ser nombrados en período de prueba, dado que el acto de conformación de la lista de elegibles surte un efecto inmediato, directo y subjetivo frente a su destinatario.

En consecuencia, bajo los anteriores presupuestos, corresponde a las entidades que hacen parte de una convocatoria y que cuentan con las listas de elegibles en firme, nombrar en estricto orden y en período de prueba a los elegibles que culminaron satisfactoriamente el proceso de selección en aplicación del derecho de acceso a cargos públicos, el principio constitucional de mérito y el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015...”

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

proyecto de vida para él y su familia, ha invertido tiempo y recursos económicos. Adujo que es responsable de la manutención de sus padres dada su edad avanzada.

#### **- Pretensiones**

Con fundamento en los mencionados hechos, el señor FRANCO MUÑOZ solicitó a través de la presente acción constitucional que se ampararan sus derechos fundamentales al **acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso y a la confianza legítima**, y en consecuencia ordenar al INS que dentro de las 48 horas siguientes realice todas las actuaciones pertinentes y necesarias para el nombramiento en periodo de prueba en el cargo de carrera Profesional Especializado Código 2028 Grado 23, conforme la lista de elegibles establecida en la Resolución No. CNSC - 20182110115535 de 16 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme.

### **2.2. TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA**

A través del auto de fecha 20 de febrero de 2019, se admitió la acción de tutela y se ordenó, de un lado, vincular a la CNSC y al MHCP y en consecuencia notificar a la Presidenta de la CNSC, al Ministro de Hacienda y a la Directora General del INS, y de otro. (fl.116 reverso).

En la misma decisión, se ordenó vincular a las personas incluidas en la lista de elegibles de que trata la Resolución No. CNSC-20182110115535 de 16 de agosto de 2018, notificándose a través de la página web dispuesta en el concurso.

Decisión que fue notificada, tal como consta a folios 117-124.

### **2.3. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

-El **INS** por conducto del Jefe de la Oficina Jurídica, dio respuesta a la demanda mediante escrito radicado el día 21 de febrero de 2019 (fls.126 a 130).

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

Argumentó la accionada respecto de los hechos, que estos constituyen expresiones argumentativas del accionante basadas en la normatividad aplicable a los procesos de mérito a cargo de la CNSC y en su situación particular.

Manifestó, de otro lado, que el INS actualmente está en imposibilidad de nombrar y posesionar a los elegibles de las listas conformadas dentro de la Convocatoria 428 de 2016 por las siguientes razones:

- La Convocatoria se encuentra suspendida en virtud del auto O-283-2018 de 6 de septiembre de 2018 proferido por el Consejo de Estado dentro del proceso 11001-03-25-000-2017-00368-00 y hasta tanto no exista un pronunciamiento de fondo existe imposibilidad para que el INS nombre en período de prueba a las personas que aparecen en la lista de elegibles.

La actuación administrativa de la CNSC como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los empleados públicos necesariamente incluye todas las etapas del proceso de selección, incluido el nombramiento en período de prueba que cada nominador hace en la respectiva entidad pública, porque actúa como garante y protector del sistema de mérito.

Así las cosas, si el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo decretó la medida cautelar de suspensión provisional de la actuación administrativa de la CNSC para el caso de la citada convocatoria, corresponde entonces a las entidades participantes en dicho proceso de selección, cumplir lo ordenado por el máximo tribunal administrativo hasta que se profiera sentencia. Citó como antecedente el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca expediente AT-2018-00339-01 al negar el nombramiento de un particular con base en la lista de elegibles derivado de la Convocatoria 428 de 2016.

En el mismo sentido, se tiene que la firmeza de la lista de elegibles en el caso sub examine, de acuerdo con el banco de listas de elegibles de la CNSC ocurrió el 10 de septiembre de 2018, esto es, en fecha posterior a la

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

decisión del Consejo de Estado de suspender la convocatoria, incluido el nombramiento en período de prueba.

- Adicional a lo anterior, el INS no tiene disponibilidad presupuestal que garantice el pago de salarios y prestaciones ni tampoco el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la liquidación de las prestaciones legales a que tenga derecho el funcionario que actualmente esté nombrado en provisionalidad en cada uno de los OPEC ofertados. Narra la demandada enseguida en su contestación todas las gestiones adelantadas ante el Ministerio de Hacienda, por lo que de paso, solicita la intervención de dicha entidad en la presente acción constitucional.

Acreditó el cumplimiento de lo dispuesto por el Despacho en el numeral 3º del auto admisorio de la presente acción constitucional de fecha 20 de febrero de 2019. En el mismo sentido el INS acreditó el traslado del escrito de tutela a la señora Liliana Jazmín Cortés Cortés por considerar que le asiste interés directo en las resultas de la presente acción al encontrarse nombrada en encargo en el OPEC 18270.

Solicitó, con base en lo anterior, negar las pretensiones en sede de tutela. En caso de no acceder a lo anterior, ordenar al MHCP para que garantice los recursos presupuestales necesarios para realizar el nombramiento del accionante y otorgar al INS un plazo razonable para la consecución de los recursos y el nombramiento respectivo.

-La **CNSC** por conducto de un asesor jurídico con plenas facultades para representar a la entidad, contestó la demanda mediante escrito remitido por correo electrónico de 22 de febrero y radicado en físico el día 25 de febrero de 2019 (fls.131 a 139 y 150 a 157).

Coadyuvó la solicitud de la acción de tutela considerando que la providencia del 6 de septiembre de 2018 que dispuso la medida cautelar surtió efectos a partir del 11 de septiembre del mismo año y para ese momento ya se encontraba en firme la lista de elegibles contenida en la

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

Resolución No. 20182110115535 de 16 de agosto de 2018, dado que esta cobró firmeza el 10 de septiembre de 2018.

La medida cautelar cobijó a aquellos trámites y listas de elegibles que aún no habían cobrado firmeza. Para el caso de las listas que habían cobrado firmeza, son inmodificables y generan para el respectivo concursante el derecho a ser nombrado en el cargo para el cual participó. Luego, la entidad destinataria de esas listas no pueden oponerse al trámite de nombramiento y posesión de los elegibles oponiendo la decisión tomada por el Consejo de Estado de medidas cautelares. Citó como sustento de lo anterior el Criterio unificado sobre el derecho del elegible a ser nombrado una vez en firme la lista, publicado por la CNSC el día 11 de septiembre de 2018.

Luego de hacer un recorrido por la normatividad y jurisprudencia concerniente al sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público, concluye la CNSC que las pretensiones de la acción de tutela frente a la entidad no surte efecto alguno dado que ha cumplido a cabalidad las reglas del concurso hasta la firmeza de las listas de elegibles; lo concerniente a los procesos posteriores como, nombramientos en período de prueba, forman parte de las actuaciones debidas por las instituciones nacionales involucradas en el proceso.

-Por su parte, el **MHCP** por conducto de un asesor jurídico con plenas facultades para representar a la entidad, contestó la demanda mediante escrito remitido por correo electrónico el día 22 de febrero de 2019 (fls.140 a 148).

Al pronunciarse sobre los hechos esgrimió que la aludida violación a los derechos fundamentales del accionante no resulta consecuencia de acciones u omisiones atribuibles al Ministerio, dado que le son ajenas las acciones u omisiones desplegadas por el INS respecto del nombramiento y posesión del accionante; dentro de las funciones de la cabeza de la cartera de hacienda no hay ninguna que lo faculte para intervenir en asuntos de competencia de esa entidad; y, de acuerdo al artículo 122

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

Superior, para la creación de empleos públicos remunerados se requiere que estén incluidos en la planta de personal y que sus costos estén previstos en el presupuesto de la entidad.

Dado lo anterior, por cuenta del MHCP no es posible acceder a las pretensiones formuladas en la presente acción constitucional porque al hacerlo se estaría violando el principio de legalidad, por cuanto no es factible exigir a una entidad el ejercicio de acciones que se encuentran por fuera de las que la Constitución y la ley le han otorgado.

Por estas razones considera que su vinculación al trámite de la presente acción constitucional no es procedente, además que no existe respecto del MHCP legitimación en la causa por pasiva para ello.

Desde el ámbito presupuestal, acudiendo al marco legal y reglamentario pertinente, arguye el Ministerio que cada entidad es autónoma presupuestalmente, por tanto, es al INS a quien en principio le corresponde realizar los traslados presupuestales a los que haya lugar para garantizar los recursos necesarios para proveer los nombramientos resultantes del concurso de méritos realizado, siempre velando por el cumplimiento de los preceptos contenidos en la Ley 617.

Solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela y en consecuencia desvincular al MHCP de la misma.

#### **2.4. ELEMENTOS PROBATORIOS**

Dentro del plenario se encuentra:

- Copia de la Resolución No. CNSC-20182110115535.
- Copia del pantallazo publicado en el Banco Nacional de Listas de Elegibles que el 10 de septiembre comunicó la firmeza de la lista de elegibles del accionante.
- Copia del Comunicado 3 y 4 del INS.
- Copia de la Resolución No. CNSC-20182120127055.
- Copia del Auto del Consejo de Estado de 23 de agosto de 2018.

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

- Copia de la respuesta al derecho de petición dada por la Secretaría del Consejo de Estado el 5 de septiembre respecto de la ejecutoria del auto de 23 de agosto de 2018.
- Copia del Auto del Consejo de Estado de 6 de septiembre de 2018.
- Copia de la Sentencia de tutela de 15 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado 22 Administrativo de Bogotá.
- Copia de la Resolución 1330 de 18 de mayo de 2018 expedida por el Director del Dane.
- Copia de la Sentencia del Consejo de Estado referencia 11001-03-25-000-2013-01087-00 (2512-13).
- Copia de la Sentencia T-402 de 31 de mayo de 2012.
- Copia del Criterio Unificado sobre Derechos del elegible a ser nombrado una vez una vez en firme la lista, emitida el 11 de septiembre de 2018 por la CNSC.
- Copia del Acta de Audiencia Pública de escogencia de dependencia realizada el 5 de septiembre de 2018 en el Ministerio de Justicia.
- Copia del PQR enviado el 23 de septiembre de 2018 y copia de la respuesta por parte del INS de fecha 9 de octubre de 2018.
- Copia del plan anual de vacantes en el INS para las vigencias 2018 y 2019.
- Copia de la Sentencia de segunda instancia radicado 11001-33-35-007-2018-00404-01.

## **2.5. CUESTIONES PREVIAS**

### **RECONOCIMIENTO DE COADYUVANTES DE LA PARTE ACCIONANTE**

Antes de resolver la cuestión de fondo, es necesario advertir que en el auto admisorio de la presente acción constitucional de fecha 20 de febrero de 2019, se vinculó a las personas que se encuentren en lista de elegibles conformada en la Resolución No. CNSC- 20182110115535 de 16 de agosto de 2018, para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 grado 23 de la convocatoria No. 428 de 2016. Una vez revisado el expediente se tiene que la señora Liliara Jazmín Cortés Cortés mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2019 (fl.125) se manifestó al respecto indicando:

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

En el momento se encuentra en encargo en la OPEC 18270 desde 2015, cargo en el cual el accionante solicita su nombramiento en período de prueba. Manifiesta que en la medida en que se le conceda los derechos al señor Carlos Esteban Franco Muñoz va a resultar laboral, mental y afectivamente ya que eso tiene como consecuencia que deba regresar al cargo del cual es titular bajo la subordinación de la persona contra la cual formuló denuncia por acoso laboral.

Manifiesta igualmente que hará lo propio porque le acude el reclamo toda vez que es consciente que la entidad está vulnerando los derechos de los elegibles de acuerdo al precedente constitucional, considerando además que también está en lista de elegibles en firme en primer y único lugar y que aun así no le han notificado fecha de nombramiento y posesión del cargo OPEC 18261 que ganó por meritocracia.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. COMPETENCIA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000 y el Decreto 1983 de 2017, este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto.

#### 3.2. PROBLEMA JURÍDICO

En primer lugar se deberá determinar si la solicitud de amparo resulta procedente en la medida que en forma indirecta se está cuestionando el acto administrativo (respuesta a su petición del día 12 de octubre de 2018 fl.91) que negó el nombramiento de la accionante en periodo de prueba en el cargo para el cual concursó.

En segundo, establecer si se han vulnerado los derechos fundamentales al **acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima**, por parte del INS, la CNSC y el MHCP, derechos que alude el accionante como

transgredidos por la omisión de haberlo nombrado en periodo de prueba según Resolución No. CNSC-20182110115535 de 16 de agosto de 2018.

Para resolver los anteriores cuestionamientos, el Despacho tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

### **3.2.1. De la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular**

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que, la acción de tutela consagrada como mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, no tiene entre sus fines desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones, reiterándose que no procederá cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial.

En tal sentido, ha precisado que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado, tienen que ser idóneos para obtener la protección de sus derechos fundamentales con la urgencia que requiera cada caso particular, debiendo evaluarse los medios de defensa en el contexto particular, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

### **3.2.2. Configuración de un perjuicio irremediable**

El Artículo 86 Superior consagra una excepción a la mencionada regla de subsidiariedad, estableciendo que pese a la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, debe referirse lo señalado por la H. Corte Constitucional:

*“En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de*

*lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.*

*Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales, como se anotó anteriormente, se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados por esta Corporación:*

*“... (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”*

*Los anteriores requisitos deben ser analizados en cada caso concreto, pues como regla general, no solamente debe hallarse acreditada la gravedad de la situación sino también que los mecanismos ordinarios no sean eficaces para la real protección de los derechos fundamentales involucrados.”<sup>4</sup>*

### **3.2.3. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia**

Sobre el punto, la Corte Constitucional ha señalado:

*“3.5 Recientemente, en la sentencia SU-553 de 2015, la Sala Plena de la Corte se refirió de manera especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos relacionados con la provisión de cargos en la rama judicial. Al respecto, se explicó que por ejemplo la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia, pues como consecuencia de ello, no se le podría garantizar la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.*

*Igualmente, en la citada sentencia de unificación se reiteró que la Corte ha fijado (Sentencia T-090 de 2013) dos subreglas para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos: “(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.”*

3.6 En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de

<sup>4</sup> Sentencia T-094 de 2013.

méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.”<sup>5</sup> (Subraya fuera del texto).

### 3.3. CASO CONCRETO

En el presente asunto, se encuentra acreditado que mediante Acuerdo No. 2016000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos No. 2017100000086 del 01 de junio de 2017, 20171000000096 del 14 de junio de 2017 y 2018100000000986 del 30 de abril del 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente unas vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del INS entre otras entidades, convocatoria No. 428 de 2016 – Grupo de Entidades del Orden Nacional.

El accionante se presentó a dicha convocatoria para proveer una de las vacantes en el cargo ofertado bajo el código OPEC No. 18270 de Profesional Especializado, Código 2028 Grado 23. Superadas todas las pruebas del concurso, la CNSC expidió el 16 de agosto del 2018 Resolución No. CNSC-20182110115535<sup>6</sup>. En la que se resolvió conformar la lista de elegibles para proveer la única vacante con la accionante encontrándose en el puesto No. 1 (fls.14-15).

De igual forma, el artículo quinto de dicha Resolución estableció que dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que la lista de elegibles quedara en firme con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, debía producirse por parte del nominador de la

<sup>5</sup> Corte Constitucional T-386 DEL 2016; M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

<sup>6</sup> “Por medio de la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 18270 denominado Profesional Especializado Código 2028, Grado 23, del Sistema General de Carrera del Instituto Nacional de Salud, ofertado a través de la Convocatoria No 428 de 2016”

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

entidad, el nombramiento en el periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

Dicha lista se encontraba en firme desde el 27 de agosto del 2018, por lo que, la entidad tenía 10 días hábiles siguientes máximos para efectuar su nombramiento en periodo de prueba, término que venció el día 10 de septiembre de 2018, sin que se efectuara el nombramiento.

De ahí que, el accionante adujo vulnerados sus derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa, la igualdad, el trabajo en condiciones dignas, el debido proceso y la confianza legítima, por no haber sido nombrado en periodo de prueba para el cargo ofertado bajo el código OPEC No. 18270 de Profesional Especializado, código 2028, Grado 23 en el que había quedado en el primer puesto de la lista según la Resolución No. CNSC-20182110115535 de 16 el agosto del 2018.

Por otro lado, en el curso del trámite de la presente acción constitucional, la accionada INS rindió informe, como se mencionó arriba, en el que indicó su negativa a efectuar el nombramiento por la medida cautelar de suspensión impuesta a la Convocatoria 428 por parte del Consejo de Estado, y sostuvo que estaba a la espera de la sentencia de fondo del asunto por parte de dicho Tribunal, en cuanto a la firmeza de las listas elegibles con anterioridad a la medida de suspensión provisional. Adujo igualmente dificultades de orden presupuestal para llevar a cabo los nombramientos como el que se reclama.

Por otra parte, en el Consejo de Estado está en curso demanda de simple nulidad contra la CNSC, por la que se pretende la declaratoria de nulidad de los acuerdos CNSC-20161000001296 del 29 de julio del 2016.

Frente al caso, el Consejo de Estado profirió auto interlocutorio O-261-2018 de 23 de agosto del 2018 (fls.26-32), decretando medida cautelar de suspensión provisional de la actuación administrativa que se encuentra adelantando la CNSC con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 del 2016, hasta que se profiera sentencia, entre cuyos participantes está el Instituto Nacional de Salud - INS.

Luego, a solicitud de la CNSC, se pidió aclarar dicha providencia en el sentido que la medida cautelar cobija solamente al Ministerio de Trabajo, por cuanto el objeto del proceso circunscribe al concurso de méritos de esta entidad y en el Acuerdo 20161000001296 de 29 de julio de 2016 se incluyen 12 entidades más. Igualmente solicitó la CNSC que se aclare los efectos de la medida cautelar decretada en el sentido de si esta se extiende a los actos administrativos proferidos después de haber estado en firme la lista de elegibles.

El Consejo de Estado profirió auto interlocutorio O-294-2018 de fecha 6 de septiembre de 2018 (fls.34-35) en el que resolvió aclarar el ordinal primero del auto de 23 de agosto en el sentido de aclarar que se ordenaba la suspensión provisional de la actuación administrativa que se encuentra adelantando la CNSC con ocasión del concurso de méritos abierto solo respecto del Ministerio de Trabajo, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016. Negó las demás solicitudes de aclaración.

De lo anterior, el Despacho establece que la finalidad de la medida cautelar de suspensión provisional de la convocatoria 428 del 2016, fue garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229 de la Ley 1437), puesto que el proceso de nulidad simple pretende salvaguardar el principio de legalidad de la administración en sus actos administrativos, los que deben ser expedidos conforme a la Constitución Nacional, la Ley, los actos administrativos de otras autoridades superiores, jurisprudencia y ordenamiento jurídico en general.

Se puede decir que lo que busca ese medio de control, es extraer el acto administrativo del ordenamiento jurídico y dejarlo sin efectos, por lo que la medida cautelar que suspendió provisionalmente la convocatoria, tiene como fin que la misma no tenga ningún efecto mientras se decide sobre su legalidad.

Más aun, el Acuerdo 20161000001296 del 2016, *"Por el cual se convoca a Concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de (13) entidades del Sector Nación, Convocatoria No. 428*

de 2016 – Grupo de entidades sector Nación” en su artículo 4º establece la estructura del proceso de selección en el concurso de méritos así <sup>7</sup>:

“...Artículo 4. Estructura del Proceso: El presente concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas.
  - 4.1. Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales.
  - 4.2. Pruebas sobre Competencia Comportamental.
  - 4.3. Valoración de antecedentes.
5. **Conformación de listas de elegibles.**
6. **Periodo de Prueba.**

De conformidad con lo antes expuesto, se observa que en efecto, la convocatoria No. 428 de 2016 se encuentra suspendida por la “medida cautelar de suspensión provisional de actuación administrativa” emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 06 de septiembre de 2018, dentro del proceso 2018-00368-00.

Entonces, aunque fue comunicada la lista de elegibles, para el Despacho esa circunstancia no implica un derecho adquirido si se tiene en cuenta que las fases del concurso culminan con el “**periodo de prueba**” sin que en el presente caso el demandante lo hubiese alcanzado a cumplir antes de la medida cautelar.

En consecuencia, se advierte que no han fenecido las fases del concurso y el mismo se encuentra atado a la medida de suspensión decretada en el proceso 2018-00368-00, toda vez que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sin que ello conlleve la vulneración del debido proceso y carrera administrativa, máxime si se tiene en cuenta que dicha medida de suspensión fue librada en virtud de una presunta expedición irregular de los

<sup>7</sup> [www.cncs.gov.co/index.php/normatividad-428-de-2016-1ergrupo-entidades-orden-nacional](http://www.cncs.gov.co/index.php/normatividad-428-de-2016-1ergrupo-entidades-orden-nacional)

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

acuerdos 20161000001296 del 29 de junio del 2016, 20171000000086 del 1 de junio de 2017 y 20170000000096 del 14 de junio de 2017 dentro de la convocatoria 428 de 2016, de la cual hace parte la accionante.

Ahora bien, según el precedente jurisprudencial mencionado con antelación, para que la acción de tutela proceda en los casos de concurso de méritos se deben cumplir dos variables, la primera que no exista otro medio más idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales que se presuman vulnerados y la segunda que se demuestre que sin el amparo de tales derechos se produce un perjuicio irremediable para quien los alega vulnerados.

En el presente caso, como primer aspecto se vislumbra que el acto administrativo de carácter particular que negó el nombramiento en periodo de prueba por parte del INS al accionante, configura una situación jurídica particular que se encuentra materializada y que dada la subsidiariedad de la acción constitucional de tutela no amerita la intervención del juez constitucional, toda vez que, es un acto que puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo bajo la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Artículo 138 de la Ley 1437), teniendo el accionante las herramientas necesarias para su control de legalidad y constitucionalidad, en la que, incluso puede solicitar las medidas cautelares del caso.

En esa medida, el accionante cuenta con otro mecanismo eficaz para combatir dicho acto administrativo, situación que torna improcedente la presente acción de tutela.

Frente al segundo aspecto, consistente en que la decisión de la entidad configura un perjuicio irremediable, por cuanto niega el nombramiento en periodo de prueba de la accionante en el cargo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 23, no se advierte dicha configuración, toda vez que en el plenario no se acredita una amenaza inminente, grave y urgente, que con lleve a la adopción de medidas de protección que hagan procedente la presente acción constitucional; pues si bien el accionante manifestó que amparado en la confianza legítima que le da haberse

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

ganado el concurso ha "...formulado una proyecto de vida..." para él y su familia y que además de la inversión de recursos que le ha representado esta situación, es responsable de la manutención de sus padres (fl.11 reverso), sin aportar ningún soporte ni prueba de dichas afirmaciones; para el Juzgado esto no configura la presencia de un perjuicio irremediable tal como lo exige la jurisprudencia para la procedencia de esta acción constitucional.

Conforme a lo expuesto, la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado para omitir el trámite de los recursos concebidos contra decisiones administrativas o en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría a desplazar a la administración en el estudio de sus decisiones y al desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado y del juez natural como contenido propio del debido proceso.

En el auto admisorio se ordenó la vinculación de las personas que se encuentren en la lista de elegibles de que trata la resolución 20182120111595 del 16 de agosto de 2018. El INS, por considerar que le asistía interés en el presente trámite dio traslado del escrito de tutela a la señora Liliana Jazmín Cortés Cortés al encontrarse nombrada en encargo en el OPEC 18270. Como se evidenció, dicha persona se pronunció dentro de este proceso manifestando lo pertinente respecto de su posición, argumentos que si bien fueron allegados y revisados, no influyen en la decisión que tomará el Despacho.

En síntesis, por cuanto solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, la tutela puede invocarse para pedir una protección transitoria o una protección definitiva, la misma resulta improcedente para la protección de los derechos fundamentales al **acceso a la carrera administrativa, la igualdad, el trabajo en condiciones dignas, el debido proceso y la confianza legítima.**

EXPEDIENTE No: 110013343-064-2019-00038-00  
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN FRANCO MUÑOZ  
DEMANDADAS: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y OTROS

**En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

**IV. FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por el señor Carlos Esteban Franco Muñoz contra el **Instituto Nacional de Salud**, la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, frente a la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al **acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Por Secretaría, notificar el presente fallo en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** En firme la presente providencia, y en el evento en que no fuere impugnada, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÁLVARO CARREÑO VELANDIA**

**Juez**

