El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Sebastián Loaiza Restrepo

Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil y otras

Radicación : 2018-00438-01

Despacho de origen : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

**Temas: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / CONCURSO DE MÉRITOS / SUBSIDIARIEDAD / PERJUICIO IRREMEDIABLE- Presupuestos / NO ACREDITADO / EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL / REVOCA / IMPROCEDENTE /**

La Corte enseña que el juez de tutela no puede asumir la facultad para sustituir al juez administrativo en la definición de la validez de los actos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción; por lo tanto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos que ejecutan un proceso de concurso de méritos - , y quien pretenda discutirlos, debe acudir al mecanismo que para tales fines exista en la jurisdicción administrativa.

(…)

Además de lo anterior, esa Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(…)

Recuérdese que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, de tal suerte, que el examen del juez constitucional es excepcional y solo procede, cuando se demuestre un perjuicio irremediable, que aquí ni siquiera se alegó. El petitorio carece de la descripción y prueba de circunstancias apremiantes que den cuenta de la impostergabilidad del amparo de los derechos, por manera que el accionante puede ejercitar los mentados medios de control administrativo, idóneos y eficaces para resolver la cuestión litigiosa.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Sebastián Loaiza Restrepo

Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil y otras

Radicación : 2018-00438-01

Despacho de origen : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira

Temas : Acto administrativo - Concurso - Perjuicio irremediable

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 257 de 16-07-2018

Pereira, R., dieciséis (16) de julio de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación presentada en el asunto constitucional en referencia, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se señaló que el accionante el 11-10-2017 se inscribió para la convocatoria 436-2017 ofertada por el SENA para el cargo en carrera de Técnico Grado 03, pero fue inadmitido porque pese haber acreditado el título de Tecnólogo en Administración Empresarial, no ocurre lo mismo con la *“(…) Certificación de la especialización Tecnológica en disciplina relacionada con las funciones del empleo (…)”*.

La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) con la decisión desconoció que los requisitos mínimos exigidos para el empleo 57828 son: *“(…) Título de formación tecnológica en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: administración, economía, contaduría pública, Ingeniería industrial y afines; o Psicología; Sociología, Trabajo Social y afines Salud Pública; o terapias. Título de Especialización Tecnológica en disciplina relacionada con las funciones del empleo (…)”*, una experiencia de doce (12) meses y las equivalencias contenidas en la Resolución 1458 de 2017.

Considera que el acto administrativo es incongruente porque desconoce que cumple con los

requisitos mínimos, pese a que es dable homologar el título de especialización con la experiencia laboral y/o educación formal, exigidos por la Oferta Pública de Empleo de Carrera (OPEC); presentó reclamación, empero la decisión quedó incólume (Folios 13 a 18, cuaderno No.1.).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Debido proceso administrativo, igualdad, trabajo; y, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (Folio 17, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende: (i) Tutelar los derechos fundamentales; y (ii) Ordenar a la CNSC reprogramar la presentación de las pruebas escritas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, para que se garantice su continuidad en la convocatoria 436 de 2017 (Folio 17, cuaderno No.1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 16-05-2018 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 20, ibídem); el 30-05-2018 se profirió fallo (Folios 46 a 50, ibídem); y, con proveído del 12-06-2018 se concedió la impugnación formulada por la parte actora, ante este Tribunal (Folio 58 vuelto, ibídem).

El juez de primera instancia negó el amparo porque las accionadas no quebrantaron derechos fundamentales. La situación del actor no encajaba en los supuestos señalados en la Resolución No.1458 de 2017 y el Decreto 1083 de 2018. Para el cargo técnico al que actualmente aspira es inadmisible extender las equivalencias por encontrarse clasificado en el tercer nivel (Folios 46 a 50, ib.).

El accionante impugnó la decisión sin ningún argumento. Solicitó revocatoria del fallo. (Folio 57, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
   1. La competencia funcional. Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del despacho que tramitó la primera instancia.
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la

sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, según el escrito allegado por la parte actora?

* 1. Los presupuestos generales de procedencia
     1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa, el señor Sebastián Loaiza Restrepo, pues fue quien presentó la reclamación con ocasión al listado de los aspirantes admitidos y no admitidos en la convocatoria 436-2017 (Folios 6 a 7, ib.). En el extremo pasivo, el doctor José Vicente Carvajal Sandoval, Coordinador Jurídico de la Universidad de Pamplona, porque fue la persona que el expidió el acto administrativo que convalidó el estado de inadmisión para la provisión de los cargos de carrera administrativa de los niveles asistencial, técnico, instructor, profesional y asesor del SENA (Folios 8 a 11, ib.).

Como la CNSC, la Universidad de Pamplona y el Coordinador de Relaciones Laborales Secretaría General del Sena, no expidieron el acto administrativo que supuestamente vulnera o amenaza los derechos fundamentales invocados, carecen de legitimación, por lo que se declarará improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

Nuestra Corte Constitucional tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[1]](#footnote-1).

Este último supuesto está satisfecho, pues la acción se presentó dentro de los seis (6) meses siguiente a los hechos violatorio, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), pues la contestación a la reclamación data el 05-04-2018 (Folios 8 a 11, ib.) y la tutela se presentó el 16-05-2018 (Folio 19 vuelto, ib.).

* 1. El debido proceso administrativo en desarrollo de concursos de méritos

El debido proceso es de contenido constitucional, está consagrado principalmente en el artículo 29 de la Carta Política e implica necesariamente tener la posibilidad de (i) Conocer a quien investiga, (ii) Poder controvertir las probanzas que se tengan en cuenta para adoptar las decisiones, (iii) Aportar el material probatorio que se estime del caso, (iv) Tener acceso al expediente o actuación, (v) Conocer las fases que ha de seguir el trámite de la investigación adelantada en su contra, (vi) Poder presentar alegaciones para la defensa de los intereses propios; aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la CC[[3]](#footnote-3), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[4]](#footnote-4) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[5]](#footnote-5).

La Corte[[6]](#footnote-6) enseña que el juez de tutela no puede asumir la facultad para sustituir al juez administrativo en la definición de la validez de los actos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción; por lo tanto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos que ejecutan un proceso de concurso de méritos[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8), y quien pretenda discutirlos, debe acudir al mecanismo que para tales fines exista en la jurisdicción administrativa.

Dicha Corporación[[9]](#footnote-9), luego de analizar la Ley 1437, concluyó que la tutela es improcedente, porque los interesados cuentan con un mecanismo judicial idóneo y eficaz, que puede promover ante el juez natural, cual es, la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento, junto con la solicitud de medidas cautelares, y que solo podría considerarse deficiente si en juez constitucional advierte que *“(…) (i) …la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos (…)”*.

En dicha oportunidad, reseñó que la vía judicial de lo contencioso administrativo no es siempre idónea y eficaz para reponer la vulneración alegada pues, en algunos casos particulares, las medidas cautelares no logran conceder una protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, por ejemplo cuando el ciudadano se ve expuesto[[10]](#footnote-10):

… al riesgo de que el registro o la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia y, por consiguiente, cualquier orden futura relacionada con una eventual compensación económica, la reelaboración de la lista y el nombramiento tardío de quien tiene el derecho a posesionarse en el empleo público, en realidad no sea suficiente ni oportuna para resarcir el quebrantamiento ocasionado por la presunta ilegalidad en la actuación de la administración ni para satisfacer, en consecuencia, la pretensión de amparo consistente en el nombramiento en el cargo ofertado. Sublínea extra-textual.

Igualmente explicó que la acción de cumplimiento también se presenta como medio judicial idóneo para exigir a las autoridades la realización del deber originado en la Ley o un acto administrativo (Ley 393 y Artículo 146 del CPACA)[[11]](#footnote-11).

* + 1. La procedencia excepcional de la tutela

Además de lo anterior, esa Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla general[[12]](#footnote-12): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[13]](#footnote-13) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[14]](#footnote-14), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[[15]](#footnote-15).

Así las cosas, sobreviene memorar la noción de perjuicio irremediable, puesto que como se ha visto, es presupuesto de procedibilidad para examinar, en sede constitucional, la violación o amenaza al debido proceso administrativo, que alega la parte actora. A propósito, valga recordar que ninguna discusión amerita comprender que ese derecho alegado, tiene la estirpe *iusfundamental* pretendida; en realidad, la cuestión medular se centra en la viabilidad por virtud del daño irreparable que se logre invocar y probar.

Sobre la irremediabilidad del perjuicio, la CC[[16]](#footnote-16) estima indispensable concurran las siguientes notas características: “*(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales*[[17]](#footnote-17) ”.

Es que no basta la constatación de cualquier perjuicio, en sede de tutela es insuficiente pregonar que todo daño pueda precaverse por esta excepcionalísima vía, debe estar provisto de las características apuntadas, explica la Corte[[18]](#footnote-18): “*En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables.”.*

Las características del perjuicio irremediable conservan vigencia[[19]](#footnote-19). Al respecto existe precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[20]](#footnote-20).

También la Sala de Casación Civil de la CSJ[[21]](#footnote-21), órgano de cierre de esta Corporación, ha sido reiterativa en cuanto a la improcedencia del amparo constitucional por el incumplimiento del supuesto de subsidiariedad y la ausencia de demostración del perjuicio irremediable; al efecto ha dicho[[22]](#footnote-22):

… puede concluirse que «no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable y, por tanto, no puede tenerse en cuenta dicho perjuicio para admitir la presente acción como mecanismo transitorio», ya que «dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, (…) [se] tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera [los] derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio» (CSJ STC, 24 ene. 2007, rad. 2006-00227-01; criterio reiterado en STC7077-2014 y STC16698-2015). (STC4676-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00039-01).

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Cuestiona el actor el acto administrativo del 05-04-2018, mediante el cual se confirmó su estado de inadmitido al concurso de méritos, Convocatoria No.436 de 2017, pues considera que cumple con los requisitos mínimos, toda vez que podía homologarse el título de especialización exigido, de conformidad con el artículo 9º de la Resolución 1458 de 2017.

Para esta Sala resulta central resaltar que el accionante cuenta con mecanismos judiciales diferentes a esta acción para la defensa de sus derechos, en cuanto el acto administrativo de carácter particular reprochado, es susceptible de control judicial ante la jurisdicción administrativa.

Nuestro sistema jurídico tiene previstos mecanismos de defensa, como los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad (Reguladas en los artículos 137 y 138-2 del CPACA) a través de los cuales se puede demandar y solicitar, entre otras, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo (Artículo 230-3º, CPACA), que no requiere de caución (Artículo 232, inciso 3º, CPACA) y que de ser decretada, perduraría hasta el día en que se imparta la decisión definitiva por el juez ordinario, lo que de plano descarta la posible configuración de un agravio irreversible al acci0nante.

Recuérdese que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, de tal suerte, que el examen del juez constitucional es excepcional y solo procede, cuando se demuestre un perjuicio irremediable[[23]](#footnote-23), que aquí ni siquiera se alegó. El petitorio carece de la descripción y prueba de circunstancias apremiantes que den cuenta de la impostergabilidad del amparo de los derechos, por manera que el accionante puede ejercitar los mentados medios de control administrativo, idóneos y eficaces para resolver la cuestión litigiosa.

Este asunto no se acompasa con los presupuesto de flexibilización de la CC[[24]](#footnote-24) dispuestos para pretensiones tutelares referentes al nombramiento de ciudadanos que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles. Apenas se ha superado la etapa preliminar de admisibilidad, por manera que al actor le es dable ejercitar los mentados medios de control. Así las cosas, el presente amparo es improcedente porque carece del presupuesto de la subsidiariedad, luego era inviable adentrarse en el análisis de fondo que se emprendió en primera instancia.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado, (i) Se revocará la sentencia opugnada, y en su lugar, (ii) Se declarará improcedente la tutela frente al Coordinador Jurídico de la Universidad de Pamplona, por falta de subsidiariedad, también respeto de la CNSC, la Universidad de Pamplona y el Coordinador de Relaciones Laborales Secretaría General del Sena, pero por carecer de legitimación por pasiva.

En mérito de lo razonado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombiay por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR la sentencia impugnada.
2. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional frente a la Universidad de Pamplona, el Coordinador Jurídico de esa institución, la CNSC y el Coordinador de Relaciones Laborales Secretaría General del Sena, según lo expuesto.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

*DGH/ODCD/LSCL/2018*

1. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-3)
4. BERNAL P., Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-610 de 2017 y T-471 de 2015. También la SU-011 de 2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-610 de 2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-682 de 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T- 572 de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-046 de 1995 referida en las T-722 de 2014 yT-572 de 2015, entre otras. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-225 de 1993, reiterada en las T-082 de 2016 y T-095 de 2016, entre otras: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza 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. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-082 de 2016. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-225 de 1993, T-436 de 2007, T-016 de 2008, T-1238 de 2008, T-273 de 2009,  [T-660 de 2010](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/2010/T0660de2010.htm) y T-082 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-1316 de 2001. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-972 de 2014, T-082 de 2016 y T-095 de 2016. [↑](#footnote-ref-19)
20. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 05-08-2015; MP: Duberney Grisales H., exp.No.2015-00284-00. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ. STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ. STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. CC. T-082 de 2016. [↑](#footnote-ref-23)
24. CC. T-610 de 2017. [↑](#footnote-ref-24)