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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / CONCURSO DE MÉRITOS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA / PROCESO DE EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE ELEGIBLES / INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.**

Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares, en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (…)

En este sentido, la Corte ha expuesto que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (…)

… en relación con la inconformidad del accionante, basta decir que el amparo solicitado resulta improcedente, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en principio las controversias en torno de la legalidad de las decisiones de la administración, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo extraordinario habida cuenta de su carácter subsidiario, este no es el escenario para debatirlas. (…)

Ahora bien, aceptando que en determinados casos, aun cuando exista ese medio de defensa judicial, se pueda causar al afectado un perjuicio irremediable, se debe no solo indicar, sino acreditar en qué consiste el mismo para que pueda ser valorado.

En criterio de la Sala, en este caso no se demostró cómo la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, al proferirse la solicitud de exclusión en su contra contenida en el auto 20192120015424 del 18 de julio de 2019, en el trámite de la Convocatoria 428 de 2006 entidades del orden nacional OPEC 34425 Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social; resulta inminente y grave, por lo tanto, dicha decisión ningún perjuicio irremediable le ocasiona, que amerite su protección de manera inmediata.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Acta N° 455 de 24-09-2019

Referencia: 66001-31-10-004-**2019-00374-01**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor FELIPE OSPINA VEGA, contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, mediante la cual el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira resolvió la acción de tutela promovida por el opugnante contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, a la que se vinculó al MINISTERIO DEL TRABAJO, la COMISIÓN DE PERSONAL y la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE RISARALDA de esa Cartera Ministerial.

**II. ANTECEDENTES**

1. El señor FELIPE OSPINA VEGA, interpuso el presente amparo constitucional contra la citada entidad, por considerar que se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la confianza legítima, a acceder a cargos públicos por mérito, a la igualdad y al trabajo.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo, lo siguiente:

2.1. Participó en la convocatoria 428 de 2006 entidades del orden nacional OPEC 34425 Inspector de Trabajo y de la SS.

2.2. Después de quedar en firme la lista de elegibles, aprobando y superando todas las etapas del concurso, fue nombrado por orden judicial mediante resolución 0128 de 2019, como Inspector de Trabajo y la Seguridad Social código 2003 grado 14 desde el 11 de febrero de 2019.

2.3. El Ministerio del Trabajo no solicitó exclusiones una vez conformada la lista de legibles, en el término establecido en el artículo 5º de la resolución No. CNSC 20182120081495 del 09-08-2018, donde se dan 5 días hábiles para ello, por lo que la CNSC procedió a declarar la firmeza de dicha lista el 17 de agosto de 2018.

2.4. A pesar de estar nombrado y posesionado como Inspector de Trabajo y la Seguridad Social, y de haber superado todas las etapas, el Comisionado de la CNSC, Fridole Ballen Duque, le notifica el inicio de un proceso de exclusión por la causal de experiencia profesional no relacionada, cuando ya pasó los filtros de esa etapa y el Ministerio del Trabajo jamás solicitó exclusiones de ningún tipo.

2.5. Según oficio radicado 20182010456591, remitido por el Comisionado de la CNSC, Fridole Ballen Duque, al Ministerio del Trabajo, ordena que se produzca el nombramiento en las OPEC que no tuvieron ninguna solicitud de exclusión, entre ellas, la OPEC 34425 para la cual concursó.

2.6. Le parece ilógico que el mismo Comisionado al cual se le han aclarado todas las situaciones presentadas, le comunique una solicitud de exclusión a estas alturas del proceso, totalmente inoperante, improcedente y extemporánea, afectando su salud laboral y emocional como Inspector del Trabajo y la Seguridad Social, culminando su periodo de prueba, el cual terminó el 11 de agosto de 2019.

3. Pide, en síntesis, tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar a la entidad accionada, declarar improcedente la solicitud de exclusión en su contra contenida en el auto 20192120015424 del 18 de julio de 2019, ya que cumple todos los requisitos para el ejercicio del cargo.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, quien la admitió y le impartió el trámite legal (fl. 35 C. Ppal.).

4.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, refirió como fundamento de su defensa, la improcedencia de la acción de tutela por su carácter subsidiario, pues la inconformidad del accionante frente al trámite de exclusión que se adelanta y que se encuentra contenido en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea. Solicita declarar improcedente el amparo, toda vez que no existe vulneración a los derechos fundamentales del accionante por parte de esa entidad. (fls. 57-58 y 90 id.).

4.2. El Director Territorial Risaralda del Ministerio del Trabajo, manifestó que el señor Felipe Ospina Vega, es funcionario de esa entidad en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, nombrado en dicho cargo por orden judicial impartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección “A” en la acción de tutela radicada 2018-00470, que ordenó el nombramiento en periodo de prueba, razón por la cual, le sorprende el actuar de la CNSC en iniciar un procedimiento de exclusión de una lista que además de encontrarse en firme, como quiera que nunca tuvo solicitud en ese sentido, como lo determina el artículo 14 del Decreto 760 de 2005, se pretenda realizar sobre un funcionario que ya se encuentra posesionado y a punto de culminar con su periodo de prueba, dicho trámite administrativo. Solicita desvincular a la entidad que representa dada la falta de legitimación en la causa por pasiva. (fl. 59 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. La profirió el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira el 9 de agosto de 2019, autoridad judicial que declaró improcedente el amparo invocado. Para decidir así, estimó que “*Revisado detenidamente el expediente del trámite constitucional, se observa al valorar lo que fue aportado con la demanda de tutela y con la respuesta dada por las entidades involucradas en este asunto, que no se reúnen en este caso los presupuestos establecidos para determinar la procedibilidad de esta acción constitucional como lo es el principio de subsidiaridad.*

*Lo anterior, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional que ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente 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.*

*En efecto, del escrito de tutela presentada por el señor Felipe Ospina Vega no se desprende, ni se evidencia alguna prueba que deje ver lo inminente, lo grave y lo impostergable de la medida, como tampoco indica por qué la vía ordinaria es ineficaz. (...)*

*Acorde con los lineamientos generales la acción de tutela es improcedente ante la existencia de medios de defensa judicial, es por lo que el Despacho encuentra que lo relacionado con las convocatorias, inadmisiones y exclusiones en la aplicación de las normas que las reglamentan, son improcedentes dado que cuentan con medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que habilita solicitar desde la demanda medidas cautelares previstas en los artículos 229, 230 y 231 de la ley 1437 de 2011 en caso de alegarse un perjuicio irremediable(...)*”. (fls. 92-95 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el accionante, aduciendo que la acción de tutela sí es procedente, en razón a que se trata de una acción procesal constitucional de carácter provisional, que busca la protección precautelativa de los derechos invocados, tendiente a la suspensión del acto administrativo y sus efectos, a fin de evitar un perjuicio irremediable, como lo es la exclusión del concurso, mientras se tramita la vía administrativa y judicial, puesto que estos medios de defensa son menos sumarios que la presente acción; además, se cierra la posibilidad de acceder a un salario y sobre todo al sistema de salud al que dejaría de estar vinculado, al igual que su familia. Afirma que es un hecho notorio la congestión judicial y la duración de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en sus dos instancias, por lo cual la demora en la decisión judicial se suma como un nuevo perjuicio irremediable y por ello la tutela garantiza que este se evite, al no tener que esperar hasta el final del trámite del medio de control a invocar como acción contenciosa para que se haga justicia. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, en el presente asunto. Aclara que se presentaron los recursos administrativos, los cuales no han sido resueltos de fondo. Solicita se revoque el fallo de tutela de primera instancia; se declaren vulnerados sus derechos fundamentales; y, se suspendan los efectos jurídicos del acto hasta tanto no haya un pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante una sentencia ejecutoriada. (fls. 100-119 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia (art. 86 CP, Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017).

2. La controversia consiste en dilucidar si la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, vulneró los derechos fundamentales a la confianza legítima, a acceder a cargos públicos por mérito, a la igualdad y al trabajo, del señor FELIPE OSPINA VEGA, dentro de la Convocatoria 428 de 2006 entidades del orden nacional OPEC 34425 Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social, que amerite la injerencia del juez Constitucional, al proferir una solicitud de exclusión en su contra contenida en el auto 20192120015424 del 18 de julio de 2019, pese a que cumple todos los requisitos para el ejercicio del cargo.

3. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares, en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5. Es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela, tener en cuenta que es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. En relación con este último, se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección.

6. En este sentido, la Corte ha expuesto que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto el Alto Tribunal “*… concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo*.”[[1]](#footnote-1)

**VI. CASO CONCRETO**

1. Se tiene que, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en el trámite de la Convocatoria 428 de 2006 entidades del orden nacional OPEC 34425 Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social, profirió una solicitud de exclusión en contra del señor FELIPE OSPINA VEGA, contenida en el auto 20192120015424 del 18 de julio de 2019, lo que considera vulnera sus derechos fundamentales a la confianza legítima, a acceder a cargos públicos por mérito, a la igualdad y al trabajo.

Solicita el accionante, se declare improcedente la solicitud de exclusión en su contra contenida en el auto 20192120015424 del 18 de julio de 2019, ya que cumple todos los requisitos para el ejercicio del cargo.

2. Así las cosas, en relación con la inconformidad del accionante, basta decir que el amparo solicitado resulta improcedente, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en principio las controversias en torno de la legalidad de las decisiones de la administración, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo extraordinario habida cuenta de su carácter subsidiario, este no es el escenario para debatirlas. En un asunto similar al presente, revocó la decisión adoptada por esta Sala que había accedido al amparo deprecado; allí precisó:

*“El accionante aduce que la Comisión Nacional de Servicio Civil afectó sus prerrogativas constitucionales invocadas al excluirlo del concurso de méritos en el que se inscribió con el propósito de ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 – Grado 10 de la Gobernación de Risaralda, por no aportar en oportunidad el diploma de bachiller, no obstante haber adjuntado el acta de grado de su carrera profesional, con la cual demuestra que el bachillerato se superó. Pide ser reintegrado al proceso de selección con el fin de poder ocupar el empleo al cual se inscribió, puesto que no tiene trabajo y debe mantener a su familia.*

*En relación con la inconformidad del peticionario, basta decir que el amparo solicitado resulta improcedente, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, en principio las controversias en torno de la legalidad de las decisiones de la administración, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo extraordinario habida cuenta de su carácter subsidiario, pues si la pretensión del actor es la de invalidar las determinaciones que la entidad cuestionada emitió y en las que argumentó que la norma es taxativa al indicar que el requisito es el diploma de bachiller y no puede ser suplido por el de pregrado, este no es el escenario para debatirlas, motivo por el cual se revocará el fallo de primer grado.” [[2]](#footnote-2)*

3. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en cuanto a la acción de tutela en materia de concurso de méritos, ha precisado que:

*“… es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente 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. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.”*[[3]](#footnote-3)

4. Ahora bien, aceptando que en determinados casos, aun cuando exista ese medio de defensa judicial, se pueda causar al afectado un perjuicio irremediable, se debe no solo indicar, sino acreditar en qué consiste el mismo para que pueda ser valorado.

En criterio de la Sala, en este caso no se demostró cómo la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, al proferirse la solicitud de exclusión en su contra contenida en el auto 20192120015424 del 18 de julio de 2019, en el trámite de la Convocatoria 428 de 2006 entidades del orden nacional OPEC 34425 Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social; resulta inminente y grave, por lo tanto, dicha decisión ningún perjuicio irremediable le ocasiona, que amerite su protección de manera inmediata.

5. Tampoco se ve de qué manera se vulnera el derecho a la igualdad alegado, pues, no se demostró que la parte accionada sí admitió a personas que bajo su misma condición no hayan sido excluidas.

6. Por último, estima la Sala que no le asiste razón al recurrente quien alega que, acude a la acción de tutela como mecanismo de protección de carácter provisional, tendiente a la suspensión del acto administrativo y sus efectos, a fin de evitar un perjuicio irremediable, como lo es la exclusión del concurso, mientras se tramita la vía administrativa y judicial, puesto que estos medios de defensa son menos sumarios, toda vez que es un hecho notorio la congestión judicial y la duración de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en sus dos instancias, pues razones como esas son insuficientes para establecer la posible configuración de dicho perjuicio que hiciera excepcionalmente procedente el amparo, como mecanismo transitorio de las prerrogativas fundamentales invocadas.

Ahora, si bien el accionante afirma que agotó la vía gubernativa ante la CNSC, elevando los recursos contra el auto que contiene la solicitud de exclusión, el solo cumplimiento de esa actuación no da vía para que se resuelvan sus pretensiones por el mecanismo expedito de la tutela, de modo que el actor debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que allí se desate la controversia.

Finalmente, respecto a los argumentos plasmados en el escrito de la parte accionante allegado en esta sede el 12 de septiembre pasado (fl. 4 cuaderno de 2ª instancia), los cuales hacen referencia a la imposibilidad de que sea calificado su desempeño laboral, porque el aplicativo que la CNSC tiene dispuesto para ello, lo tiene bloqueado, solicitando el cese de todos estos actos arbitrarios y desestabilizantes; y, remitir copia a los entes de control encargados de vigilar a dicha entidad; hechos que no fueron consignados en la demanda inicial, por lo que se tiene que estos son nuevos, y la autoridad accionada no tuvo oportunidad de rebatirlos.

7. Encuentra la Sala que acertó el funcionario judicial de primer grado al considerar que el accionante cuenta con otros medios judiciales para obtener lo que pretende sea resuelto por esta vía, por lo que no supera el amparo el test de procedibilidad.

8. Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero**: CONFIRMAR el fallo proferido el 9 de agosto de 2019 por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, en la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Ver entre otras, sentencias T-030 y 234 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de tutela del 19 de septiembre de 2013. Ref. 66001-22-13-000-2013-00160-01, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T- 090 de 2013 [↑](#footnote-ref-3)