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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 07 de mayo de 2018

Proceso: Acción de Tutela – Subsidiariedad - Improcedente

Radicación Nro. : 2018-00021-02

Accionante: Andrés Piedrahita Gutiérrez

Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil y otra

Litisconsorte: Ministerio de Trabajo y otros

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: CONCURSO DE MÉRITOS / DEBIDO PROCESO / EVALUACIÓN DE POSTGRADO Y EXPERIENCIA / ACTO ADMINISTRATIVO / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE -** Cuestiona el actor el acto administrativo 390-3563 de 04-12-2017, mediante el cual se confirmó su estado de inadmitido al concurso de méritos, Convocatoria No.428 de 2016, pues considera que la exigencia de que la certificación laboral cuente con la descripción de las funciones que desempeña como inspector de trabajo es ilógica cuando la CNSC está ofertando ese mismo cargo en la Convocatoria; también, porque se dejó de valorar la certificación que arrimó con los recursos y que sí contiene la información requerida.

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 , 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.

Por último, se descarta la afectación de la seguridad jurídica que refiere el actor, pues los fallos de otros despachos judiciales carecen de fuerza vinculante para esta Magistratura; no fueron proferidos por el órgano de cierre en la especialidad. Además, el fallo del a quo se fundó en precedente de esta Corporación. Así las cosas, se consideran infundados los argumentos de la impugnación, y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA NO.4 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

DISTRITO DE PEREIRA - DEPARTAMENTO DE RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante : Andrés Piedrahita Gutiérrez

 Accionado (s) : Comisión Nacional del Servicio Civil y otra

 Litisconsorte (s) : Ministerio de Trabajo y otros

 Radicación : 2018-00021-02

 Despacho de origen : Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con

 : Función de conocimiento de Pereira

 Temas : Acto administrativo - Concurso - Perjuicio irremediable Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 145 de 07-05-2018

Pereira, R., siete (7) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Expuso el actor que pese a relacionar los documentos requeridos para participar en la convocatoria No.428 de 2016, entre ellos, certificación laboral expedida por el Director Territorial de Risaralda, puesto que para la época el Ministerio de Trabajo estaba en cese de actividades, que daba cuenta que se encuentra vinculado desde el 01-10-2013 y que *“(…) en la actualidad desempeña el cargo de INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL – GRADO 13 (…)”*, las accionadas determinaron que *“(…) NO CONTINÚA EN EL CONCURSO (…)”* porque incumple los requisitos de (i) Título de posgrado; y, (ii) Experiencia laboral.

Anotó que formuló reposición y apelación, y adjuntó escrito contentivo de sus funciones como Inspector de Trabajo, a efectos de que se aceptara la certificación laboral y de paso se homologara la especialización exigida, mas se confirmó la decisión porque la documentación inicialmente aportada carece de la relación de funciones, y los anexos arrimados con los recursos no pueden ser verificados en la etapa actual del proceso (Folios 2 a 10, cuaderno principal).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y el acceso a los cargos públicos, en concordancia con el principio al mérito (Folio 2, cuaderno principal).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende el accionante que: (i) Se tutelen los derechos invocados; y, en consecuencia, se ordene a los accionados: (ii) Tener como válidas la certificación de experiencia laboral aportada en el proceso de selección y el documento anexo con los recursos interpuestos; (iii) Realizar la respectiva calificación de requisitos; y, (iii) Admitir al actor para participar en las subsiguientes etapas del concurso (Folio 8, vuelto, este cuaderno).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 25-01-2018 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 87, ibídem). El 07-02-2018 se profirió sentencia (Folios 118 a 123, ibídem); y, con proveído del 14-02-2018 se concedió la impugnación formulada por la parte accionada (Folio 136, ibídem).

Ya ante este Tribunal, con decisión del 27-02-2018 se declaró la nulidad de lo actuado porque no se hizo la vinculación de todas las autoridades que integran la parte pasiva (Folios 158 y 159, ib.); retornado el asunto, el *a quo* con auto del 02-03-2018 enmendó dicha inconsistencia (Folio 168, ib.), el 15-03-2018 dictó sentencia (Folios 195 a 200, ib.) y el 23-03-2018 concedió la impugnación presentada por el accionante (Folio 246, ib.).

Mediante la sentencia de instancia se declaró improcedente el amparo constitucional con fundamento en reciente decisión de la Sala Penal No.2 de Asuntos Penales para Adolescentes de esta Corporación, que resolvió un asunto idéntico al aquí planteado por el actor (Folios 195 a 200, ib.).

El opugnante adujo que el mecanismo ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa no es idóneo ni eficaz para proteger sus derechos fundamentales, toda vez que tarda un tiempo significativo en resolverse. Agregó que despachos judiciales de otros distritos han accedido a iguales pretensiones tutelares, por manera que la decisión de primera instancia atenta contra la seguridad jurídica y su derecho a la igualdad (Folios 207 a 245, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Pereira, según la impugnación presentada?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, el señor Andrés Piedrahita Gutiérrez, participó en la etapa preliminar de la Convocatoria No.428 de 2016. Por pasiva, los doctores Gustado Adolfo Gil Valencia, Jhon Humberto Bolívar Gutiérrez y Gloria Cecilia Rúa Jaramillo, en sus calidades de Coordinadores General, Requisitos Mínimos, y, Atención a Reclamaciones y Soporte Jurídico del CNSC, porque fueron los funcionarios que resolvieron la reclamación presentada por el actor (Folios 13 y 14, cuaderno principal).

Como la CNSC, la Universidad de Medellín y los demás litisconsortes vinculados, 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 inmediatez y la subsidiariedad

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).

El presupuesto de la inmediatez, no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos supuestamente violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), critero tambien reseñado por la CSJ[[3]](#footnote-3) en su jurisprudencia; nótese que la decisión que confirmó la inadmisión del accionante en la Convocatoria No.428 de 2016 data del 04-12-2017 (Folios 13 y 14, ibídem) y la tutela se radicó el 24-01-2018 (Folio 1, ib.). En cambio la subsidiariedad esta incumplida, tal como pasará a explicarse.

* 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[[4]](#footnote-4), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[5]](#footnote-5) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[6]](#footnote-6).

La Corte[[7]](#footnote-7) 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[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9), y quien pretenda discutirlos, debe acudir al mecanismo que para tales fines exista en la jurisdicción administrativa.

Dicha Corporación[[10]](#footnote-10), 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 (…)”*.

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 ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Cuestiona el actor el acto administrativo 390-3563 de 04-12-2017, mediante el cual se confirmó su estado de inadmitido al concurso de méritos, Convocatoria No.428 de 2016, pues considera que la exigencia de que la certificación laboral cuente con la descripción de las funciones que desempeña como inspector de trabajo es ilógica cuando la CNSC está ofertando ese mismo cargo en la Convocatoria; también, porque se dejó de valorar la certificación que arrimó con los recursos y que sí contiene la información requerida.

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.

Por último, se descarta la afectación de la seguridad jurídica que refiere el actor, pues los fallos de otros despachos judiciales carecen de fuerza vinculante para esta Magistratura; no fueron proferidos por el órgano de cierre en la especialidad. Además, el fallo del *a quo* se fundó en precedente de esta Corporación. Así las cosas, se consideran infundados los argumentos de la impugnación, y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se confirmará el fallo de primera sede, pues el actor cuenta con un mecanismo eficaz para salvaguardar los derechos alegados y no demostró un daño irreparable para hacer viable el amparo.

En mérito de lo razonado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes No.4, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR la sentencia dictada el 15-03-2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. 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. MANUEL YARZAGARAY B.*

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

 *(en ausencia justificada)*

DGH/ODCD/2018

1. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf) y y T-137 de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. STC2154-2016 y STC10383-2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-4)
5. BERNAL P., Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-471 de 2015; también puede consultarse la 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)