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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : María Sulay Osorio Zuluaga

Accionados : Comisión Nacional del Servicio Civil y otra

Vinculados : Participantes de la convocatoria No.651 de 2018 y otros

Radicación : 66170-31-03-001-2019-00142-01

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 466 de 30-09-2019

**TEMAS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / CONCURSO DE MÉRITOS / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA EL EFECTO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.**

Nuestra CC 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.

Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro del plazo de los seis (6) meses fijados por la doctrina constitucional como razonable; nótese que la decisión del reclamo administrativo es del 26-04-2019… mientras que el amparo se presentó el 02-08-2019… Diferente es respecto de la subsidiariedad…

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 quién 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…

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.

   
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Pereira, R., treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

1. El asunto a decidir

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

1. La síntesis fáctica

Señaló la actora que se inscribió en la convocatoria No.651 de 2018 para concursar por el cargo de Técnico Administrativo en el Área de Salud, código 323, grado 2 en el municipio de Dosquebradas, pero la Comisión Nacional del Servicio Civil (En adelante CNSC) no admitió su participación porque incumplía el requisito de estudios; oportunamente reclamó la aplicación de las equivalencias del artículo 25 del Decreto 785 de 2005, mas la autoridad mantuvo incólume la decisión administrativa (Folios 22 a 30, cuaderno principal).

1. Los derechos presuntamente vulnerados

Se invocaron los derechos al trabajo, acceso a cargos públicos, buena fe, igualdad y debido proceso, acceso a cargos públicos (Folios 22 a 30, cuaderno principal).

1. La petición de protección

Se pretende el amparo de los derechos fundamentales; en consecuencia, ordenara a las accionadas: (i) Suspender de manera parcial del proceso de selección de la convocatoria No.651 de 2018; (ii) Aplicar la equivalencias; (iii) Admitir su participación en el concurso; y, (iv) Pagar las indemnizaciones a que haya lugar (Folio 29, este cuaderno).

1. La sinopsis de la crónica procesal

Con providencia del 05-08-2019 se admitió, se vinculó a quienes se consideró pertinentes y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 32, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 33 a 34, ibídem). El 16-08-2019 se profirió sentencia (Folios 92 a 97, ibídem); y, con auto del 27-08-2019 se concedió la impugnación formulada por la accionante (Folio 111, ibídem).

El fallo declaró improcedente el amparo por el incumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, en virtud a que la tutelante cuenta con otros medios judiciales para la protección de sus derechos (Folios 92 a 97, ib.).

La actora alegó la observancia del requisito de procedencia con fundamento en sentencias de tutela de la CC y del CE; y, pidió el amparo de sus derechos porque las accionadas dejaron de aplicar las equivalencias del artículo 25 del Decreto 785 de 2005, es decir, suplir el requisito de formación tecnológica con el de la experiencia relacionada en el cargo convocado, tal como lo hizo la Alcaldía de Dosquebradas en acto administrativo que adjunta (Folios 100 a 110, 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 cognoscente (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, según la impugnación de la actora?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, la señora Mary Sulay Osorio Zuluaga se inscribió en la convocatoria de la CNSC y recurrió el acto administrativo que inadmitió su intervención. Por pasiva, el doctor Jorge E. Rodríguez Guzmán, en su calidad de Coordinador General, del CNSC, porque fue el funcionario que desestimó la reclamación (Folios 2 a 3 y 12 a 21, cuaderno principal), y la Universidad Libre de Pereira, porque es contratista encargada del desarrollo del concurso (Folio 35, vuelto, ibídem).

Las demás autoridades carecen de legitimación porque son incompetentes para proveer sobre la admisión de la accionante en el concurso; se declarará improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez y 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 CC 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.

Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro del plazo de los seis (6) meses fijados por la doctrina constitucional como razonable[[1]](#footnote-1); nótese que la decisión del reclamo administrativo es del 26-04-2019 (Folios 12 a 21, cuaderno principal) mientras que el amparo se presentó el 02-08-2019 (Folio 1, ibidem). Diferente es respecto de la subsidiariedad, 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 quién 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[[2]](#footnote-2), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[3]](#footnote-3) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[4]](#footnote-4).

La Corte[[5]](#footnote-5) 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[[6]](#footnote-6)-[[7]](#footnote-7), y quien pretenda discutirlos, debe acudir al mecanismo que para tales fines exista en la jurisdicción administrativa.

Dicha Corporación[[8]](#footnote-8), 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 (…)”*.

* + 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[[9]](#footnote-9): (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[[10]](#footnote-10) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[11]](#footnote-11), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[[12]](#footnote-12).

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[[13]](#footnote-13) 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*[[14]](#footnote-14) ”.

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[[15]](#footnote-15): “*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[[16]](#footnote-16). Al respecto existe precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[17]](#footnote-17).

La Sala de Casación Civil de la CSJ[[18]](#footnote-18), 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[[19]](#footnote-19):

… 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

De acuerdo con las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio de amparo junto con las pruebas arrimadas al expediente, la sentencia venida en impugnación habrá de confirmarse, en consideración a que la parte actora cuenta con otros mecanismos eficaces para salvaguardar los derechos alegados.

Nuestro sistema jurídico, tiene previstos los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad (Artículos 137 y 138-2 del CPACA), incluso, puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que cuestiona (Artículo 230-3º, CPACA), sin caución (Artículo 232, inciso 3º, CPACA) que, de ser decretada, perduraría hasta el día en que se imparta la decisión definitiva por el juez ordinario[[20]](#footnote-20)-[[21]](#footnote-21).

Además, como los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, el examen del juez constitucional es excepcional y solo procede cuando se demuestre un perjuicio irremediable[[22]](#footnote-22); empero, el petitorio carece de la descripción y de pruebas sobre circunstancias apremiantes que den cuenta de la impostergabilidad del amparo; entonces, la accionante puede ejercitar los mentados medios de control, idóneos y eficaces para resolver la cuestión litigiosa. Además, según la jurisprudencia referida[[23]](#footnote-23), la posibilidad de solicitar la suspensión provisional desvirtúa la inminencia del perjuicio. Criterio unánime expuesto en precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[24]](#footnote-24).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Civil de Circuito de Dosquebradas.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo contra la Alcaldía de Dosquebradas y la CNSC, por carecer de legitimación.
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*

1. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-2)
3. BERNAL P., Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015 y T-425 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-471 de 2015; también puede consultarse la T-610 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T- 572 de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. 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-11)
12. CC. T-225 de 1993, reiterada en las T-082 de 2016 y T-095 de 2016, también pueden consultarse la T-019 de 2018 y T-323 de 2019, según estas sentencias 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-12)
13. CC. T-082 de 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. CC. T-1316 de 2001. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-323 de 2019, T-019 de 2018, T-082 de 2016, T-095 de 2016 y T-972 de 2014, entre muchas. [↑](#footnote-ref-16)
17. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 05-08-2015; MP: Grisales H., No.2015-00284-00. [↑](#footnote-ref-17)
18. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ. STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-610 de 2017. También puede consultarse las SU-553 de 2015, T-748 de 2015 y T-329 de 2009, entre otras. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-21)
22. CC. T-082 de 2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ. STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-23)
24. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 23-08-2019; MP: Arcila R, No.2019-00038-01; (ii) 02-09-2019; MP: Saraza N., No.2015-00465-01; (iii) 13-09-2019, MP: Sánchez C., No.2019-00251-01 [↑](#footnote-ref-24)