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 : Luis Alberto Botero Henao

Accionados : Comisión Nacional del Servicio Civil y otra

Vinculados) : Coordinador General Convocatoria Territorial Centro Oriente y otros

Radicación : 66001-31-18-002-2019-00144-01

Despacho de origen : Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes con Función de

 Conocimiento de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 482 de 04-10-2019

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

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. (…)

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.

… 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… y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable…

Desde ya la Magistratura advierte el fracaso del amparo constitucional. En primer lugar, porque este mecanismo es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto (Artículo 6º-5º, Decreto 2591 de 1991), como lo es el de la Convocatoria reseñada…

Y, en segundo término, en razón a que el accionante cuenta con mecanismos judiciales diferentes a esta acción para la defensa de sus derechos, en cuanto a que los otros actos administrativos de carácter particular que reprocha, son susceptibles de control judicial ante la jurisdicción administrativa.


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA NO.4 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Pereira, R., cuatro (4) de octubre 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

Refirió la parte actora que se inscribió en el proceso de selección No.639 a 733, 736 a 739, 742 -743 y 802 y 803, convocatoria 647, para el cargo OPEC 71681 del municipio de Pereira, pero la Comisión Nacional del Servicio Civil (En adelante CNSC) inadmitió su participación; oportunamente recurrió la decisión administrativa, mas la autoridad la mantuvo incólume, por extemporánea, no obstante, analizó los Decretos 785 de 2005 y 187 de 2018 y dejó de considerar su experiencia laboral y estudios (Folios 3 a 10, cuaderno principal).

1. Los derechos presuntamente vulnerados

Se invocaron los derechos al debido proceso, igualdad, acceso a cargos públicos, buena fe, trabajo, igualdad y legalidad (Folio 3 a 10, cuaderno principal).

1. La petición de protección

Se pretende el amparo de los derechos fundamentales; en consecuencia, ordenara a las accionadas: (i) Autorizar su participación en el proceso de selección de la convocatoria No.647 de 2018; (ii) Retirar de la convocatoria el cargo denominado técnico administrativo, nivel técnico, empleo 46037, código 367, grado 6 de la planta global del municipio de Pereira; y, (iii) Ofertar el cargo técnico administrativo en una nueva convocatoria (Folio 8, este cuaderno).

1. La sinopsis de la crónica procesal

Con providencia del 14-08-2019 se admitió, se vinculó a quienes se consideró pertinentes, se dispuso notificar a las partes y se desestimó la práctica de la medida provisional, entre otros ordenamientos (Folio 46, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 47 a 50, ibídem). El 28-08-2019 se profirió sentencia (Folios 65 a 39, ibídem); y, con auto del 04-09-2019 se concedió la impugnación formulada por el actor (Folio 77, ib.).

El fallo desestimó el amparo, porque consideró que el tutelante incumplió los requisitos para la aplicación de las equivalencias del artículo 26 del Decreto 785 de 2005 (Folios 65 a 39, ibídem.).

El actor convalidó los argumentos expuestos en su petitorio; y además advirtió que el Juez de primera instancia se abstuvo de realizar un análisis normativo acerca de la carrera administrativa; y la legalidad de la convocatoria No.647 de 2018. Pide que se conceda el amparo (Folios 74 a 76, 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 Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, según la impugnación del actor?
	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 Luis Alberto Botero Henao se inscribió en la convocatoria de la CNSC y recurrió el acto administrativo que inadmitió su intervención.

Por pasiva, los doctores Jorge E. Rodríguez Guzmán y Ana Dolores Correa Camacho, en su calidades de Coordinador General Convocatoria Territorial Centro Oriente y Gerente de Convocatoria del CNSC, porque fueron los funcionarios que desestimaron la reclamación (Folios 39 a 42 y 45, cuaderno principal), y la Universidad Libre de Pereira, porque es contratista encargada del desarrollo del concurso (Folios 51 a 57, ibídem).

* + 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 las decisiones del reclamo administrativo son del 11-04-2019 y 26-04-2019 (Folios 39 a 42 y 45, cuaderno principal) mientras que el amparo se presentó el 13-08-2019 (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 el 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

Cuestiona el actor las decisiones del 11-04-2019 y 26-04-2019 que confirmaron su inadmisión en el concurso de méritos (Folios 39-42 y 45, cuaderno principal); así como la convocatoria No.647 de 2018, pues, en su parecer, debió ofertar el cargo de técnico en saneamiento ambiental en vez del de técnico administrativo grado 6, código 367.

Desde ya la Magistratura advierte el fracaso del amparo constitucional. En primer lugar, porque este mecanismo es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto (Artículo 6º-5º, Decreto 2591 de 1991), como lo es el de la Convocatoria reseñada, en tanto que es diáfano que traza de manera general las condiciones en que se llevará a cabo el concurso.

Y, en segundo término, en razón a que el accionante cuenta con mecanismos judiciales diferentes a esta acción para la defensa de sus derechos, en cuanto a que los otros actos administrativos de carácter particular que reprocha, son susceptibles de control judicial ante la jurisdicción administrativa.

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, se puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de aquellas decisiones (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).

Como quiera que 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, el 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).

Corolario, se modificará la decisión confutada para declarar improcedente el amparo constitucional por carecer de subsidiariedad.

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

F a l l a

1. MODIFICAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira para DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela, por carecer de subsidiariedad.
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*

*JAIRO ERNESTO ESCOBAR S. CLAUDIA MARÍA ARCILA R. M A G I S T R A D O M A G I S T R A D A*

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)