



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Santa Marta, diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACION :	Nro. 47-001-3331-007-2023-00175-00
ACTOR :	MARYOLIS MONSALVO MANGA
OPOSITOR :	CNSC y ALCALDIA SITIO NUEVO-MAGDALENA
ACCION :	TUTELA

Procede este Despacho Judicial a proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, presentada por la señora MARYOLIS MONSALVO GARCIA, en contra de CNSC y la ALCALDIA DE SITIO NUEVO -MAGDALENA, con la finalidad de que se le amparara su derecho fundamental al debido proceso, derecho de petición y de acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos.

I. ACCIONANTE

El presente medio de control fue instaurado por MARYOLIS MONSALVO GARCIA.

II. ACCIONADO

Esta tutela está dirigida en contra CNSC y la ALCALDIA DE SITIO NUEVO -MAGDALENA.

III. LO QUE SE PIDE

El actor solicitó que se le tutele u derecho fundamental al debido proceso, derecho de petición y de acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos y como consecuencia se ordene al MUNICIPIO DE SITIONUEVO -MAGDALENA y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL realice las actuaciones administrativas pertinentes para hacer uso de la lista de elegible expedida a través de resolución no. 1493 del 17 de febrero de 2022. en los cargos auxiliar administrativo, código 407, grado 1 identificado con OPEC NO. 73281 U OPEC NO. 73306, de conformidad con los argumentos expuestos en el presente escrito y se nombre en periodo de prueba a la señora MARYLOIS PATRICIA MONSALVO MANGA identificada con CC. No 57.457.848 en alguna de las OPEC descritas en el numeral anterior.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

Como hechos que describe la parte actora, se transcribe por este Despacho lo siguiente:

“(…)



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

PRIMERO: *La señora Marylois Patricia Monsalvo Manga se presentó como aspirante para participar en el proceso de selección 1137 a 1225, 1227 a 1298 y 1300 a 1304- convocatoria Boyacá, cesar y Magdalena.*

SEGUNDO: *El cargo para el cual participó es AUXILIAR ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 407, GRADO 1, OPEC No. 73275, ALCALDÍA DE SITIONUEVO- MAGDALENA.*

TERCERO: *Luego de haber surtido y superada todas las etapas del concurso de méritos, la Comisión Nacional del Servicio civil expide Resolución No. 1493 del 17 de febrero de 2022, a través de la cual adopta la lista de elegibles para proveer uno (1) vacante definitiva del empleo anteriormente descrito, posicionando a la señora Marylois Monsalvo como segunda elegible*

CUARTO: *Consecutivamente y a través de Resolución No. 790 y 793 ambas del 16 de febrero de 2022 La Comisión Nacional del Servicio Civil declara desierto el concurso de méritos para 1 vacante definitiva de los siguientes empleos respectivamente:*

1. Auxiliar Administrativo, código 407, grado 1 identificado con OPEC No. 73281 ALCALDÍA DE SITIONUEVO- MAGDALENA

2. Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 1 identificado con OPEC No. 73306. ALCALDÍA DE SITIONUEVO- MAGDALENA.

QUINTO: *En el ejercicio del derecho de petición se solicitó lo siguiente:*

Requiero de manera respetuosa a la alcaldía de Sitionuevo – Magdalena realice las actuaciones administrativas tendientes a dar uso a la lista de elegibles adoptada a través de la Resolución 1493 del 17 de febrero de 2022 a la comisión Nacional de servicio civil, para proveer mismo empleo o empleo equivalente sobre el empleo denominados Auxiliar Administrativo código 407 grado 1 identificado con OPEC No. 73281 o en su defecto sobre empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 1 identificado con OPEC No.73306, concursos a proveer que fueron declarados desiertos, con la finalidad u objetivo de que la señora MARYLOIS PATRICIA MONSALVO MANGA sea nombrada y tome posesión con derechos de carrera administrativa en uno de estas vacantes.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Si existieren vacantes no provistas a la fecha con personal de carrera administrativa de la planta global de la ALCALDÍA DE SITIO NUEVO-MAGDALENA, que corresponda a los conceptos de MISMO EMPLEO o EMPLEO EQUIVALENTE, según lo dispuesto por la CNSC en sus Criterios Unificados de 16 de enero y 22 de septiembre de 2020, respecto de la OPEC 54915, que la entidad pida autorización del uso de mi lista de elegibles a CNSC, para proveer las vacantes en mención.

SEXTO: *La solicitud no fue resulta en el término establecido por la ley, por lo cual toco recurrir a la acción de tutela, recibiendo respuesta por parte de la alcaldía de Sitionuevo – Magdalena el día 16 de marzo de 2023 en el cual se manifestó lo siguiente:*

Con relación a la petición número nosotros como alcaldía municipal no estamos en la obligación de utilizar la lista de elegibles para el empleo al cual usted hace referencia, si bien es cierto los nombramientos de carácter provisional, son de estabilización precaria, tampoco es menos cierto que debemos violentar el derecho de un empleado público para favorecer a otro. No dudamos de las capacidades laborales que pueda desempeñar su representada, sin embargo, dentro de la autonomía como entidad estatal para contratar, no nos encontramos realizando cambios en la planta de personal, cabe mencionar que una vez exista una vacante la primera opción será la de su representada.

SEPTIMO: *Que el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, determina que con los resultados de las pruebas aplicadas en los procesos de selección, la CNSC o la entidad contratada, por delegación de aquélla, elaborará en estricto orden de mérito las listas de elegibles para los correspondientes empleos ofertados y que el uso de las mismas aplicará para proveer las vacantes objeto del respectivo concurso y para vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del proceso de selección en la misma entidad.*

OCTAVO : *Evidentemente con la afirmación realizada por el alcalde del ente territorial el cual manifiesta: no estamos en la obligación de utilizar la lista de elegibles para el empleo al cual usted hace referencia, si bien es cierto los nombramientos de carácter provisional, son de estabilización precaria, tampoco es menos cierto que debemos violentar el derecho de un empleado público para favorecer a otro ha habido un incumplimiento por parte del servidor público a las normas de carrera administrativa*



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

o una inobservancia a las órdenes o instrucciones dadas por la CNSC, toda vez que no se tienen en cuenta la normatividad aplicable ni mucho menos lo consignado en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 señala que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”.

NOVENO: *En la misma petición además se solicitó lo siguiente:*

“4. Con relación a la vacante definitiva del empleo denominados Auxiliar Administrativo código 407 grado 1 se me informe: a. - Denominación, código, grado, asignación básica mensual, rol o perfil, propósito, funciones y ubicación geográfica. b. - Si a la fecha está provista por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista, prepensionado u otros)”.

DÉCIMO: *respecto a dicha solicitud la Alcaldía de SITIONUEVO-MAGDALENA respondió de la siguiente manera:*

“Como es mencionado por usted el código 407 grado 1 denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, asignación 1.359.351. mensual.

Décimo Primero: Además el empleo correspondiente a AUXILIAR ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 407, GRADO 1, OPEC No. 73275, ALCALDÍA DE SITIONUEVO- MAGDALENA a través del cual participó mi poderdante, se deben realizar las mismas funciones descritas; de conformidad a como lo establece la plataforma SIMO, por lo cual se cumple a cabalidad con los requisitos establecidos en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 esto es, pertenecer al mismo nivel jerárquico al ser cargos de nivel asistencial, cumplen funciones iguales o similares como se demuestra en el manual de funciones anexados de las OPEC No. 73281 y No. 73306, además de las funciones establecidas en el SIMO dentro de la OPEC No. 73275, que para su desempeño exijan los mismos o similares requisitos de experiencia y estudio, que en el presente caso corresponde a título de bachiller y un año de experiencia relacionada y por ultimo el mismo grado salarial, siendo todas las opec referenciadas grado 01, en razón a lo anterior existe una vulneración al debido proceso por parte de la



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Alcaldía de Sitio Nuevo al negarse de manera tajante a realizar los actos administrativos necesarios para el uso de la lista de elegible en empleos equivalente, muy a pesar que la norma es clara, ellos deciden no aplicarla aludiendo un carácter de facultativa a la misma cuando es obligatoria..(...)"

4.2. Pruebas presentadas:

- Derecho de petición presentada por la señora Marylois a través de apoderada ante el Municipio de Sitio Nuevo con anexos, esto es:
- Resolución No. 1493 del 17 de febrero de 2022, a través del cual se conforma lista de elegibles para proveer una vacante definitiva del empleo denominado Auxiliar administrativo Código 407, grado 1, No. OPEC 73275, Alcaldía de SIRIONUEVO- MAGDALENA.
- Resolución No. 793 del 16 de febrero de 2022 a través del cual se declara desierto una vacante definitiva del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 1, identificado con Código Opec No. 73306 de Sitionuevo-Magdalena.
- Resolución No. 790 del 16 de febrero de 2022 a través del cual se declara desierto una vacante definitiva del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 1, identificado con Código Opec No. 73281 de Sitionuevo-Magdalena.
- Pantallazo de banco de lista de elegible que demuestra el estado activo de la lista de elegible de opec No. 73275. (hacer zoom para apreciar mejor)
- Acción de tutela interpuesto para por vulneración al derecho de petición.
- Respuesta notificada por la alcaldía de Sitionuevo con sus anexos (manual de funciones)
- Fallo de la acción de tutela.
- Escrito de impugnación
- Pantallazo de SIMO del cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 407, GRADO 1, OPEC No. 73275, ALCALDÍA DE SITIONUEVO- MAGDALENA, en el cual participó la actora.

4.3. Recuento procesal:

Mediante auto de fecha 8 de mayo de 2023 se admitió la tutela, se notificó en legal forma al señor Comisionado Nacional del Servicio Civil y al señor Alcalde Municipal de Sitio nuevo Magdalena, quienes dieron contestación en las siguiente forma:
La CNSC manifestó:

"(...) Respecto a la pretensión de la accionante, esta Comisión solicita ser desvinculada de la presente tutela, teniendo en cuenta que se advierte una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

POR PASIVA, toda vez que, si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la Alcaldía de Sitio Nuevo-Magdalena, también lo es que esta Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, ni tiene la facultad nominadora, así como tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y posesión de los elegibles.

Ahora bien, la CNSC, informó a la ALCALDIA MUNICIPAL DE SITTONUEVO – MAGDALENA, sobre la firmeza de las listas de elegibles las cuales adquirieron firmeza de pleno derecho de manera total o de manera individual según sea el caso, con el fin de que dicha entidad procediera de conformidad con los artículos 2.2.6.21, 2.2.5.1.6, 2.2.5.1.7 y 2.2.5.1.8 del Decreto 1083 de 2015, tal como es para el caso de la lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC No. 73275.

Dado lo anterior, se posesionó en periodo de prueba para el cargo en comento el elegible que ocupó el puesto No. 1 por concurso de méritos, es decir: GIANINE PAOLA GUTIERREZ GONZALEZ, identificada con Cédula de ciudadanía No. 1140864844.

Entendido lo anterior, la accionante MARYOLIS MONSALVO MANGA al ocupar el puesto No. 2 en la mencionada convocatoria, solicita ser tenido en cuenta en la lista de elegibles para cubrir las vacantes ofertada en el proceso 1137 a 1298 y 1300 a 1304 de 2019 Convocatoria Boyacá, Cesar y Magdalena, OPEC 73281 y número 73306.

En consecuencia, al momento de presentarse una vacante en la entidad, es decir para el caso que nos ocupa la ALCALDIA DE SITTONUEVO - MAGDALENA, deberá solicitar autorización del uso de la respectiva lista de elegibles a la CNSC, con el fin de que pueda realizar su nombramiento, respetando el orden de elegibilidad en la mencionada lista, teniendo en cuenta que solo le es aplicable el uso frente a empleos iguales.

Conforme a lo anteriormente señalado, se solicita al señor Juez despachar desfavorablemente la solicitud de la parte accionante, debido a que la Comisión Nacional del Servicio Civil NO ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que como se evidencia, se ha dado correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de mérito, conocidas por todos los aspirantes al momento



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

de inscribirse, y se han garantizado los derechos fundamentales que le asisten a los aspirantes.

2022RES-203.300.24-1493 del 17 de febrero de 2022 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista que estará vigente hasta el 10 de marzo de 2024.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, la ALCALDIA DE SITIONUEVO - MAGDALENA no ha reportado movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Por lo tanto, la vacante ofertada se encuentra provista con el elegible que ocupó la posición uno (1). Estado actual de las vacantes definitivas Lo atinente al estado actual de las vacantes definitivas habrá de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de esta Comisión Nacional, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud Reporte de vacantes de mismos empleos Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO y de conformidad con lo erigido en la Circular 11 de 2021 se constató que, durante la vigencia de la lista, la ALCALDIA DE SITIONUEVO - MAGDALENA no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de marras..(...)"

La Alcaldía Municipal de Sitionuevo-Magdalena manifestó:

“(...)



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Como lo manifiesta la demandante a través de su apoderada el municipio brindó respuesta a la accionante manifestando lo siguiente:

"Con relación a la petición número nosotros como alcaldía municipal no estamos en la obligación de utilizar la lista de elegibles para el empleo al cual usted hace referencia, si bien es cierto los nombramientos de carácter provisional, son de estabilización precaria, tampoco es menos cierto que debemos violentar el derecho de un empleado público para favorecer a otro. No dudamos de las capacidades laborales que pueda desempeñar su representada, sin embargo, dentro de la autonomía como entidad estatal para contratar, no nos encontramos realizando cambios en la planta de personal, cabe mencionar que una vez exista una vacante la primera opción será la de su representada."

El municipio de Sitionuevo Magdalena, realizo la convocatoria con el fin de que la CNSC realizara el procedimiento a través del concurso de méritos, precisamente porque queríamos desligarnos de esa responsabilidad. La CNSC, declaró desierto para algunos cargos, para llevar a cabo ese procedimiento

(...)"

V. CONSIDERACIONES

5.1 EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la ALCALDIA MUNICIPAL DE SITIONUEVO -MAGDALENA y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, han vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, y de acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos tras la omisión por parte del MUNICIPIO DE SITIONUEVO -MAGDALENA en realizar las actuaciones administrativas pertinentes para hacer uso de la lista de elegible expedida a través de resolución no. 1493 del 17 de febrero de 2022. en los cargos auxiliar administrativo, código 407, grado 1 identificado con OPEC NO. 73281 U OPEC NO. 73306, de conformidad con los argumentos expuestos en el presente escrito y se nombre en periodo de prueba a la señora MARYLOIS PATRICIA MONSALVO MANGA identificada con CC. No 57.457.848 en alguna de las OPEC.

6.2 PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

6.2.1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA: SUBSIDIARIEDAD.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Para la procedencia de la acción, es necesario, que el afectado, no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley. Pero ha sido enfática la Jurisprudencia Constitucional en señalar que: “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”

El principio de subsidiariedad prevé que la acción de tutela no procederá: “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”

Pues bien, respecto de los hechos que fundamentan la acción de tutela, debe indicarse que no pierde de vista el Despacho que el artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos.

De manera que consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Ahora bien, se tiene que el actor deprecó la protección de su derecho fundamental al acceso a cargos públicos. Sobre el particular el artículo 40, numeral 7° de nuestra Carta Política señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse”. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad.

En consonancia con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional recalcó en la sentencia T-049 del 11 de febrero de 2019 con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER que “la acción de amparo, en principio, no procede para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, salvo en los siguientes casos:

“- Cuando la persona afectada no tenga mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional.

- Cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción” .

Frente al tema “Carácter subsidiario e inmediato de la acción de tutela”, expresó la Corte:

(...)

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la 6 Constitución, es el único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho...”



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Aunado a lo anterior, frente al punto “*Subsistencia del orden jurídico compatible con la Carta*”, manifestó La Corte:

“Debe tenerse en cuenta que, como ya lo dijo esta Corte, la Constitución de 1991 no contiene una cláusula por medio de la cual haya sido derogada en bloque la legislación que estaba vigente al momento de su expedición. El artículo 380 se limitó a derogar la Carta de 1886 con todas sus reformas. Es decir, los cambios se produjeron en el nivel constitucional; las demás escalas de la jerarquía normativa siguen vigentes mientras no sean incompatibles con la nueva Constitución (artículo 40 C.N.).

Es claro que las leyes por medio de las cuales han sido establecidas las competencias de los jueces en las diversas materias objeto de su función, los procedimientos previos a las decisiones que adoptan y los recursos que pueden intentarse contra tales decisiones en nada desconocen la preceptiva constitucional y, por el contrario, son desarrollo de las normas contenidas en el Título VIII de la Carta.

En ese orden de ideas, la acción de tutela no puede asumirse como un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor. El entendimiento y la aplicación del artículo 86 de la Constitución tan solo resultan coherentes y ajustados a los fines que le son propios si se lo armoniza con el sistema.”

6.2.3 LA ACCIÓN DE TUTELA RESPECTO DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

La Corte Constitucional a través de la sentencia SU-691 de 2017, se pronunció en cuanto a la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez cuando lo que se busca es controvertir las actuaciones surtidas en concurso de méritos. En esa providencia, la Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha sido sólida al sostener que, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.

Ahora bien, de cara a los hechos expuestos en el escrito tutelar se tiene que, la máxima guardiana de la Constitución Nacional, ha discurrido reiteradamente al indicar que, en principio, la acción de tutela no resulte ser el mecanismo judicial por excelencia para enjuiciar actos administrativos o controvertir decisiones que se adopten en el curso de un concurso de méritos para acceder a la oferta de los empleos públicos.

Sobre el particular, se ha insistido que la acción constitucional no resulta procedente como mecanismo principal y definitivo, cuando se procure la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados o amenazados como consecuencia de la expedición de actos administrativos, puesto que, para controvertir la legalidad o los vicios de los mismos ya el legislador estableció la herramienta jurídica ante la Justicia Contenciosa Administrativa en los cuales si se quiere se puede solicitar en la demanda la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos que se consideran lesivos de sus derechos.

Dicha medida provisional debe ser atendida por el Juez de Conocimiento una vez se proceda a impartirle el trámite a la demanda que se adelante con tal fin, por lo que, brinda al administrado una garantía de sus derechos que si bien puede ser utilizada o no por el usuario, se presenta como una alternativa para cesar por lo menos transitoriamente los efectos de los actos administrativos que se presume lesionan los derechos fundamentales del interesado.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos expedido en el curso de una convocatoria pública para ofertar cargos públicos como en el presente asunto, se tiene que la Corte Constitucional ha previsto que por vía de excepción la procedencia de la acción de tutela como mecanismo preferente siempre y cuando una vez valorado el caso particular, se advierte que se configuran las sub reglas decantadas por esa misma Corporación para su viabilidad, ello a pesar de existir otro medio de defensa judicial. Dichas sub-reglas se resumen en la procedencia excepcional de este mecanismo preferente y sumario 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



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

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.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-090 del 26 de febrero de 2013, se pronunció sobre la improcedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas mediante actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.

En tal sentido, indicó lo siguiente:

“3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela 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.

3.2. 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 irremediable³, 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 tutelar⁴. 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.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”5. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño”.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, es claro prima facie, que la acción de tutela por regla general resulta improcedente para dirimir conflictos o controversias legales que surgen con ocasión de la adopción de decisiones o expedición de actos administrativos derivados de proceso de concurso de méritos, puesto que para la solución de este tipo de asuntos, el legislador consagró en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la acción con la pretensión pertinente para garantizar el ejercicio y la protección de dichos derechos.

No obstante, lo anterior, en caso de que el accionante acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela por vía de excepción, se tornaría procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

6.3 PREMISAS FÁCTICAS Y CONCLUSIONES DEL JUZGADO

6.3.1 CASO CONCRETO

La señora MARYOLIS MONSALVO GARCIA, impetró acción de tutela en contra de COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDIA DE SITIO NUEVO - MAGDALENA, con la finalidad de que se le amparara su derecho fundamental al



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

debido proceso, y de acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos, por la presunta omisión por parte del MUNICIPIO DE SITIONUEVO -MAGDALENA en realizar las actuaciones administrativas pertinentes para hacer uso de la lista de elegible expedida a través de resolución No. 1493 del 17 de febrero de 2022, en los cargos auxiliar administrativo, código 407, grado 1 identificado con OPEC NO. 73281 OPEC NO. 73306 y se nombre en periodo de prueba a la señora MARYLOIS PATRICIA MONSALVO MANGA identificada con CC. No 57.457.848 en alguna de las OPEC.

Así las cosas, conforme los medios de prueba documentales allegados con las contestaciones, se aprecia:

1. De conformidad con el acuerdo No. CNSC –n 20191000004456 del 14 de mayo de 2019, "Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección para proveer definitivamente los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDIA MUNICIPAL DE SITIONUEVO - MAGDALENA - convocatoria No. 1300 de 2019 – Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena", el cual, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la CNSC, como a la entidad convocante y a sus participantes.
2. La señora Marylois Patricia Monsalvo Manga se presentó como aspirante para participar en el proceso de selección 1137 a 1225, 1227 a 1298 y 1300 a 1304- convocatoria Boyacá, cesar y Magdalena. El cargo para el cual participó es AUXILIAR ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 407, GRADO 1, OPEC No. 73275, ALCALDÍA DE SITIONUEVO- MAGDALENA.
3. TERCERO: Luego de haber surtido y superada todas las etapas del concurso de méritos, la Comisión Nacional del Servicio civil expide Resolución No. 1493 del 17 de febrero de 2022, a través de la cual adopta la lista de elegibles para proveer uno (1) vacante definitiva del empleo convocado, posicionando a la señora Marylois Monsalvo como segunda elegible.

Cabe resaltar que la parte actora en el libelo de esta acción constitucional solicita ordene al MUNICIPIO DE SITIONUEVO - MAGDALENA y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL REALICE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS PERTIENENTES PARA HACER USO DE LA LISTA DE ELEGIBLE EXPEDIDA A TRAVÉS DE RESOLUCIÓN NO. 1493 DEL 17 DE FEBRERO DE 2022. EN LOS CARGOS AUXILIAR ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 407, GRADO 1 IDENTIFICADO CON OPEC NO. 73281 U OPEC NO. 73306, y como consecuencia se le nombre en periodo de prueba a la señora MARYLOIS PATRICIA MONSALVO MANGA en alguna de las OPEC.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

En primer lugar, teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales que han sido reiteradas por la Corte Constitucional en principio la acción de tutela no es el medio idóneo y eficaz para controvertir los concursos de méritos, no obstante, la misma Corte Constitucional ha dicho que el Juez Constitucional está en la obligación de revisar el caso concreto con el fin de determinar si puede consumarse un perjuicio irremediable.

Al respecto, resulta diáfano que, tal como lo señalaron las accionadas, la solicitud de amparo adolece del requisito de subsidiaridad toda vez que el reclamante dispone de otros medios de defensa a través de los cuales puede procurar la protección de los derechos fundamentales que estima transgredidos, teniéndose en cuenta que tiene a su disposición los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de los cuales debe ventilarse la controversia planteada por el interesado, que no demostró haber agotado de forma previa.

Todo ello, impide la injerencia del juez constitucional en asuntos de tal linaje pues de lo contrario se desnaturalizaría el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela.

Es menester señalar por parte de este agencia judicial, que de la lectura del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos definitivos, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos transitorios, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.

Aunado a que el amparo tampoco se abre paso como mecanismo transitorio, por cuanto para que se esté en presencia de un perjuicio irremediable, se requiere que el daño revista cierta gravedad e inminencia más allá de lo puramente eventual, y que sólo pueda evitarse con medidas urgentes e impostergables propias de la tutela, situación que no fue alegada y acreditada por el pretensor de la causa.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

Así, se encuentra que la eficacia de dar inicio a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido debatida en este tipo de asuntos, pues se ha establecido que las pretensiones dentro del mecanismo ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho podrían extenderse en el tiempo de forma injustificada hasta ser resueltas y que las mismas no garantizaban el acceso al cargo para el cual se concursó; sin embargo, con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011 se concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección a través de medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia y una menor vulneración de derechos.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019 expuso que:

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del “objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”

Teniendo en cuenta que “la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional”, los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18- 002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”.

De suerte que como la acción no cumple con los requisitos generales de procedibilidad, no es posible adentrarse en el estudio de los hechos narrados y la crítica concreta, corolario de lo cual deviene declarar improcedente la petición de tutela por tal motivo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela incoada por la señora MARYOLIS MONSALVO GARCIA en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDIA DE SITIONUEVO-MAGDALENA, en virtud a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes el presente fallo por el medio más expedito y eficaz.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se sirva publicar en su página web la presente decisión y de esta manera quienes se interesen tengan conocimiento de lo decidido.

CUARTO: De no ser impugnada esta providencia, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROSALBA ESCORCIA ROMO
JUEZ