

5

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Magistrada: Bertha Lucy Ceballos Posada
Radicación: 110013342054-2019-00174-01
Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS
Derechos: Trabajo, igualdad, debido proceso.

**ACCIÓN DE TUTELA
(Sentencia de segunda instancia)**

1. La Sala resuelve la impugnación interpuesta por el Instituto Nacional de Salud, contra la sentencia proferida el 03 de mayo de 2019 por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que amparó los derechos fundamentales de la accionante.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de tutela

2. La señora Alejandra Margarita Muñoz Suarez participó en la convocatoria No. 428 de 2016 para el empleo OPEC 52822, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 17 del Instituto Nacional de Salud, y ocupó el primer lugar, según la Resolución No. CNSC-20182110115965 del 16 de agosto de 2018, la cual quedó en firme el 10 de septiembre pasado.

3. Explicó que la entidad accionada, se negó a adelantar su posesión en el cargo de la referencia, en consideración a que el Consejo de Estado suspendió provisionalmente la convocatoria 428 de 2016.

4. Por lo anterior, formuló las siguientes pretensiones:

1. Que en concordancia con lo anterior, se ordene al Instituto Nacional de Salud que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes para realizar mi nombramiento y posesión en el periodo de prueba en el cargo de carrera denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, conforme la lista de Elegibles conformada con RESOLUCIÓN No. CNSC 20182110115965, del 16 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme y generó los derechos fundamentales deprecados.
(...)

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

2. Trámite procesal

5. La solicitud de tutela fue presentada el 23 de abril de 2019 ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, y fue asignada por reparto al Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. (fl. 69 c.2).

6. El 24 de abril de 2019, el Juzgado admitió la tutela (fls. 70 y 71 c.2). El INS y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC rindieron informe el 30 de abril siguiente (fls. 75 a 79 y 80 a 85 c.2).

7. La sentencia de primera instancia fue expedida el 03 de mayo de 2019 (fls. 91 a 96 c.2), notificada el 06 de mayo siguiente (fls. 106 c.2) e impugnada el 08 de mayo por el INS (fl. 120 c.2), cuyo reparto correspondió al despacho sustanciador.

3. Oposición

3.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

8. El asesor Jurídico de la CNSC, puso de presente la falta de legitimación en la cauda por pasiva de la entidad, en consideración a que la competencia de la misma en la convocatoria No. 428 de 2016 iba hasta el momento en que las listas de elegibles del concurso quedarán en firme, lo que para el caso de la referencia sucedió el 10 de septiembre de 2018, razón por la cual, el llamado a responder por la vulneración de los derechos de la accionante es el Instituto Nacional de Salud.

3.2. Instituto Nacional de Salud - INS

9. Explicó las condiciones de la suspensión de la convocatoria No. 428 de 2016 por parte del Consejo de Estado, que no permitían realizar el nombramiento de los aspirantes que conforman la lista de elegibles de conformidad con la orden judicial que lo imposibilita.

10. Como consecuencia de lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la solicitud de tutela pues obró en estricto cumplimiento de una orden legal.

4. Medios de prueba

11. En el expediente obra copia simple de los documentos referentes a la Convocatoria 428 de 2016, específicamente sobre la participación de la señora Delgado Castañeda.

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

6

5. La sentencia impugnada

12. El *a quo* accedió a la solicitud de tutela pues consideró que la suspensión de la Convocatoria 428 de 2018, por parte del Consejo de Estado se emitió únicamente respecto del Ministerio del Trabajo por lo cual sus efectos no pueden aplicarse al caso concreto.

13. Como consecuencia de lo anterior resolvió:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la carrera administrativa de la señora Alejandra Margarita Muñoz Suarez (...) con fundamento en las razones que anteceden.

SEGUNDO: ORDENAR al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**, a que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados (sic) a partir de la notificación del presente fallo, proceda a nombrar y posesionar a la señora Alejandra Margarita Muñoz Suarez en periodo de prueba en el cargo de Profesional Universitario, Código 2028, Grado 17 del Instituto Nacional de Salud, para el cual ocupó el primer lugar en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182110115965 del 16 de agosto de 2018.

(...)

6. La Impugnación

14. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INS reiteró los argumentos presentados con el informe de tutela (fl. 120 C.2).

II. CONSIDERACIONES

15. La Sala decide la impugnación en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y numeral 1 del Decreto 1382 del 2000, pues la acción se dirigió contra una autoridad pública del orden nacional.

1. Asunto a resolver

16. Corresponde establecer si se vulneraron los derechos fundamentales de la señora Alejandra Margarita Muñoz Suarez por la negativa del Instituto Nacional de Salud de efectuar el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante para el empleo OPEC 52822, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 17 luego de ocupar el primer lugar en un concurso de méritos de la Convocatoria No. 428 de 2016, para proveer un cargo en esa entidad.

17. De ser procedente, se verificará si la accionante debe ser nombrada, cuando el registro de elegibles adoptado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución No. CNSC-20182110115965 del 16 de

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

agosto de 2018, quedó ejecutoriado antes de que el Consejo de Estado decretara la suspensión de la actuación administrativa de la convocatoria en mención.

2. El caso concreto

2.1. La procedencia de la tutela

18. Una de las razones de la impugnante se refiere a que el *a quo* negó la tutela, a pesar de que se le puede generar un perjuicio irremediable, en la medida de que la lista de elegibles, que se encuentra en firme, puede perder vigencia.

19. Sobre el particular, se recuerda que el artículo 86 de la Constitución Política prevé que la acción de tutela como mecanismo constitucional, busca proteger los derechos fundamentales, la cual se caracteriza por su carácter residual y subsidiario. Esto significa que sólo procederá cuando la persona interesada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.¹

20. Igualmente, la Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es improcedente para la protección de derechos que resulten amenazados o vulnerados por la expedición de actos administrativos², pues para ello existen diferentes medios de control a través de los cuales se puede controvertir su legalidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa³, en la cual se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto⁴.

21. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela resulta procedente excepcionalmente contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos:⁵

¹ De acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, “[l]a acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será aplicada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

² Corte Constitucional Sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005 y T-368 de 2008.

³ Sentencia T-629 de 2008.

⁴ Respecto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte en la sentencia T-1231 de 2008 señaló: “Cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con actos administrativos, esta Corporación ha precisado la impertinencia de la acción del amparo constitucional. Ello porque la vía para impugnar dichos actos es la contenciosa administrativa y dado el carácter subsidiario de la tutela ésta resultaría improcedente, excepto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

⁵ SU 553 de 2015, MP: Mauricio González Cuervo.

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

7

(...) esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

22. Igualmente, la Corte Constitucional adujo que constituye un riesgo y un eventual perjuicio irremediable para quien aspira a ocupar un cargo, que la lista de elegibles pierda vigencia:⁶

2.5.1.5. Además de lo anterior, la Corte señaló que la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

23. Entonces, como los anteriores presupuestos se adaptan al caso concreto esta sala procederá a analizar los argumentos de la impugnación.

2.2. Sobre la lista de elegibles y el derecho adquirido en un concurso de méritos

24. La impugnante sostuvo que está en imposibilidad de efectuar el nombramiento de la señora Muñoz Suarez en el cargo al que se presentó, en consideración a la orden judicial que suspendió el concurso de méritos.

25. Al respecto, la sala encuentra que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución No. CNSC-20182110115965 del 16 de agosto de 2018, conformó la lista de elegibles, para proveer el empleo de carrera con el empleo OPEC 52822, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 17 del INS que fue ofertado en la Convocatoria No. 428 de 2016, en cuyo orden de elegibilidad la accionante, ocupó el primer puesto, con 75.13 puntos (fls. 5 y 6 c. 2).

26. La Comisión Nacional del Servicio Civil comunicó al INS la firmeza de la lista de elegibles, con el fin de que procediera a realizar el respectivo nombramiento en periodo de prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015⁷.

⁶ Idem

⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

27. Ahora, en lo que tiene que ver con la decisión judicial citada por el INS, la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió auto interlocutorio O-283-2018 el 6 de septiembre de 2018, en el que ordenó suspender la convocatoria en cita. Pero esa decisión fue revocada el 07 de marzo siguiente, cuando se dispuso:

PRIMERO.- REVOCAR el auto de 23 de agosto de 2018, por el cual se decretó la suspensión provisional de la actuación administrativa que adelanta la CNSC con ocasión de la Convocatoria 428 de 2016 para proveer los empleos vacantes de 13 Entidades del Sector Nación.

28. Así las cosas, el Consejo de Estado levantó definitivamente la suspensión de la actuación que fuera definida con el acto administrativo que otorgó el derecho adquirido del accionante,⁸ pues conformó la lista de elegibles que incluso, cobró firmeza antes del decreto de la medida cautelar.

ARTÍCULO 2.2.6.21 Envío de lista de elegibles en firme. "En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles."

⁸ Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T – 402 del 31 de mayo de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó:

La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera coincidente que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme". Por otro lado, ha establecido que "aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido."

Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo (...).

La situación descrita, según la Corte, también "equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior"

A su vez, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que las listas de elegibles que han cobrado firmeza son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos.

De allí que la Corte haya concluido que "(...) se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece. En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos. (...) Por lo anterior, el concursante que ocupe el primer puesto, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente. Por tal razón las entidades nominadoras deberán respetar el orden de la lista y dar

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

8

29. Lo anterior implica que la entidad debe proveer el cargo de carrera que ofertó, para garantizar el principio del mérito previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional, *cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.*⁹

30. Sobre el tema, esta sala ha sostenido en casos similares¹⁰:

En este orden, es importante reiterar la actora ya no cuenta con una simple expectativa de ser nombrada sino que en realidad es titular de un derecho adquirido, comoquiera que ocupó el segundo lugar de la lista en el proceso de selección de dos vacantes ofertadas.

Además, recuerda la Sala que, la Jurisprudencia Constitucional ha destacado que entran dentro del ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos: (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a una persona que ocupen un cargo público¹¹.

Así, para la Sala, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos de la accionante está siendo vulnerado con la conducta del Ministerio de Justicia y del Derecho, teniendo en cuenta que **la lista de elegibles fue publicada el 16 de agosto de 2018, y mediante oficio del 27 de**

prevalencia a quien ocupe el primer puesto. Una decisión contraria, sólo se justifica en la medida en que se fundamente en razones objetivas relacionadas con la idoneidad de quien aspira a ocupar un cargo, ya sea por sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso."

Bajo esa perspectiva, la Corte estima que los actos administrativos que determinan las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración.

⁹ SU-446 de 2011, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de noviembre de 2018. Exp. 11001333500920180040601 M.P. Alfonso Sarmiento Castro. Reiterado por esta sala en sentencia del 10 de diciembre de 2018, expediente 110013335012-2018-00534-01, MP: Bertha Lucy Ceballos Posada.

¹¹ Ver al respecto, Corte Constitucional, sentencia SU-339 del 4 de mayo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Radicación: 110013342054-2019-00174-01

Accionante: Alejandra Margarita Muñoz Suarez

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional de Salud - INS

agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil comunicó su firmeza, esto es, antes de emitida la providencia del Consejo de Estado que suspendió la Convocatoria No. 428 de 2016, sin que evidencie este Tribunal que hubiera suspendido el acto administrativo de carácter particular que reconoció derechos a la accionante.

31. Por lo anterior, la sala confirmará la sentencia de primera instancia y dispondrá que las entidades accionadas publiquen esta providencia en la página web, con el fin de poner en conocimiento de los terceros interesados, lo resuelto en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A"** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., el 03 de mayo de 2019 que amparó los derechos de la accionante.

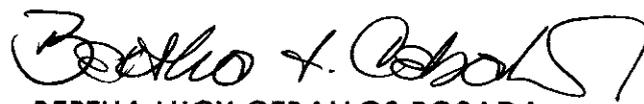
SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Nacional de Salud – INS que dentro de las veinticuatro (24) horas a la notificación de esta providencia, publiquen en la página web de la entidad, la decisión que fue adoptada en esta instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha.



BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Magistrada



JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Magistrado



ALFONSO SARMIENTO CASTRO

Magistrado