



REF. TUTELA RAD. # 54 001 31 60 004 – 2019 00 192 00 (16.170)

JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD

San José de Cúcuta, Mayo 07 de 2019.

La Señora **DIANA MILENA MARTINEZ PEDRAZA**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 37.292.772, domiciliada en esta ciudad, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, con relación **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. -IMSALUD; Vinculándose** como terceros con interés a los **INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES**, para el empleo de la OPEC No. 30312, denominado Auxiliar Área de salud, código 412, grado 10, convocatoria 426 de 2016 –E.S.E., la cual reunía los requisitos establecidos por el artículo 14 del decreto 2591 de 1991, reglamentado por el decreto 306 de 1992, y como es el momento del fallo, a ello, se procede.

1. SÍNTESIS DE LA PETICIÓN Y SU CONTESTACIÓN.

1.1. FUNDAMENTOS FACTICOS

Síntesis de los hechos más relevantes:

- Empezó a labor en noviembre del año 2008 en la E.S.E. IMSALUD – Empresa Social del Estado, nombrada mediante resolución No. 295 del 28 de noviembre de 2008 en el cargo de auxiliar área de salud (enfermería en provisionalidad, código 412, grado 10).
- En el año 2016 mediante acuerdo No. 20161000001276 del 28 de julio de 2016, modificado por los acuerdos Nos. 20161000001416 del 30-sep-2016, 20161000001466 del 23-nov-2016 y 20181000000026 del 12-ene-2018 y aclarado por el acuerdo No. 2018100002346 del 18-jun-2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente diez (10) empleos, con 104 vacantes, pertenecientes al sistema General de Carrera Administrativa de la E.S.E IMSALUD, Convocatoria No. 426 Primera Convocatoria E.S.E.
- Se inscribió y concursó para el cargo de Auxiliar Área de salud Código 412 grado 10, lista de elegibles fue publicada mediante Resolución No. CNSC – 20182110174305 del 05 de diciembre de 2018, donde ocupó el puesto número 61, con puntaje total de 68.70., pero, debido a que dos de los concursantes (posiciones No. 13 y 57) obtuvieron el mismo puntaje, la relevo a la posición No. 63.
- La Resolución No. 168 del 13 marzo de 2019, le fue notificada en dicha fecha, mediante la cual se le declara insubsistente del cargo de Auxiliar Área Salud

(Enfermería) código 412, grado 10 de la planta de personal de la E.S.E., hasta tanto quien fue nombrando en el cargo, tome posesión.

- Mediante correo electrónico el 3 de abril de 2019, le notificaron que el 04 de abril de 2019, tomaría posesión en sus cargos las personas que mediante el concurso de méritos fueron elegidos para vincularse en carrera administrativa de la E.S.E. IMSALUD.
- La prevalencia de la lista de elegibles la E.S.E. IMSALUD, no está respetando las condiciones de igualdad, mérito, al trabajo y debido proceso, como lo fue en el caso de No. 15 de la lista, Carmen Yaneth Rojas Contreras, quien solicito prorroga en su posesión, nombro a la No. 78 de dicha lista, que corresponde a Zaydee Faviola Velasco Contreras, entre otras cosas, encontrándose en la imposibilidad de probar tal situación, donde lo anterior resulta evidente que la comisión nacional del Servicio Civil no ejerce el control que la encarga sobre las convocatorias, de igual modo que la E.S.E. IMSALUD, no respeta la igualdad y el mérito de quienes ocuparon mayores puestos a fin de que sean nombrados en provisionalidad.
- Resalta la accionante que solicito préstamo con el Banco Bogotá y Banco Davivienda, donde adeuda dinero.
- De igual modo, manifiesta que es mujer soltera y tiene a su cargo la obligación de su padre de 69 años de edad y depende económicamente de ella, que si bien, tiene un hermano mayor de edad, él tiene su familia y se encuentra desempleado.
- Debido a que fue desvinculada de la E.S.E., ha sufrido de depresión a causa del estrés que ha tenido de las deudas económicas que posee.

1. 2. PRETENSIONES.

- Protejan sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por cabeza de familia, al mínimo vital, a la igualdad, al mérito, al trabajo y al debido proceso, objeto de violación por parte de la E.S.E IMSALUD y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y ordene su reintegro a la E.S.E. en comento.
- En caso de no acceder a la anterior pretensión, se ordene su nombramiento en provisionalidad en una de las vacantes que se han presentado en la E.S.E IMSALUD, debe tener en cuenta el orden de la lista de elegibles y su especial condición de mujer cabeza de familia y su vulneración al mínimo vital.
- Ordenar la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, que ejerza una vigilancia estricta sobre el orden de los nombramientos que se realizan en la E.S.E. IMSALUD, mediante la Resolución No. CNSC - 20182110174305 del 05 de diciembre de 2018 y de los nombramientos en provisionalidad que se han efectuado a raíz de tal convocatoria, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, al mérito, al trabajo y al debido proceso.
- Disponer a la E.S.E. IMSALUD - Empresa Social del Estado y a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, convoquen concurso de méritos para proveer los demás cargos de enfermería y entre otros cargos que tiene la E.S.E. en comento y los cuales en la actualidad están siendo suplidos mediante O.P.S. "Contrato de Prestación de servicios", desconociendo con ello los postulados del artículo 125 de

la Constitución Política, esto es, el acceso a los cargos públicos, dado que tales cargos son cargos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción a la luz del artículo 194 y 195 de la ley 100 de 1993, así como del artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

1.3. RESPUESTAS DE LAS ACCIONADAS.

1.3.1 EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E -IMSALUD

KATHERINE CALABRO GALVIS, en condición de Representante Legal de Empresa Social del Estado E.S.E. IMSALUD, dio contestación, manifestando entre otras, lo siguiente:

Al hecho OCTAVO, NO es cierto que la E.S.E. IMSALUD está incumpliendo con los derechos del concurso de mérito coordinado por la CNSC. En fecha 22 de febrero de 2019, dicha Comisión informo la lista de elegibles correspondiente al empleo identificado con el código OPEC No. 30312, denominado Auxiliar Área Salud (Enfermería), código 412, grado 10, cobro firmeza individual. Que el empleo mencionó fue reportado con sesenta (60) vacantes, figurando en posición quince (15) de mérito la señora CARMEN YANETH ROJAS CONTRERAS. En la actualidad el citado empleo se encuentra de manera temporal mediante nombramiento en provisionalidad correspondiente a la señora ZAYDEE FAVIOLA VELASCO CONTRERAS. La señora CARMEN YANETH ROJAS CONTRERAS, de conformidad con los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.17 del decreto 1083 de 2015, modificados por el decreto 648 de 2017, tiene 10 días hábiles para su aceptación al cargo que fue nombrada y 10 días hábiles para tomar posesión. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta 90 días hábiles más. De acuerdo con la anterior norma, la señora ROJAS CONTRERAS tomara posesión a su cargo a partir del nueve de agosto de 2019, y una vez se declara insubsistente a la señora ZAYDDE FAVIOLA VELASCO CONTRERAS.

Al hecho DECIMO TERCERO, NO es cierto que a la accionante se le está vulnerando los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital. Teniendo en cuenta que la señora Diana Milena Martínez Pedraza, tuvo conocimiento del acuerdo No. CNSC-20161000001276 del 28-07-2016, y en el cual se puede visualizar en su artículo 10, los empleos convocados por cada una de las empresas sociales del estado entre ellas la E.S.E IMSALUD.

La ESE IMSALUD, se opone a cada una de las pretensiones de declaración de nulidad de la resolución del 13 de marzo de 2019, debido a que sus actuaciones y las de la CNSC se ajustan a derecho, por consiguiente solicita de denegar la acción de tutela instaurada por la accionante. (Fol. 45 y s.s.)

1.3.2 COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)

Byron Adolfo Valdivieso, obrando en nombre y Representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, allegó contestación al correo electrónico del juzgado, entre otras señala que, la lista de elegible proferida para la OPEC 30312 se encuentran en firme desde los días 27 de febrero de 2019 y 03 de abril de 2019, por lo tanto, una vez en firme la lista de elegibles generan para los aspirantes en orden de mérito el derecho subjetivo a ser

nombrados en periodo , obligación que en aplicación de la normativa vigente recae en forma exclusiva y excluyente en el representante legal de la entidad a la cual pertenecen los empleos ofertados.

En consecuencia, las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho, de acuerdo con las consideraciones planteadas.

Por lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, en virtud de los argumentos esbozados, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte del Comisión del Servicio Civil (Fol. 57 y s.s.).

1.3.3 LISTA DE ELEGIBLES PARA EL EMPLEO DE LA OPEC No. 30312, convocatoria 426 de 2016 –E.S.E.

Guardaron silencio, a la notificación surtida a través de la página web de la CNSC (Respaldo del Fol. 69).

1.4. MEDIOS PROBATORIOS.

- ❖ Escrito de tutela – Fol. 1 y s.s.
- ❖ Copia cédula de ciudadanía del accionante –Fol. 10.
- ❖ Copia de Res. No. CNSC – 20182110174305 del 05-12-2018 –Fol. 11 y s.s.
- ❖ Copia de Res. No. 287 - 11 de noviembre de 2008 –Fol. 16.
- ❖ Copia certificación de DAVIVIENDA –Fol. 17 y s.s.
- ❖ Copia Res. No. 168 del 13 de marzo de 2018 –Fol. 19 y s.s.
- ❖ Copia de reporte de Protección de semanas cotizadas en pensiones de la accionante – Fol. 24 y s.s.
- ❖ Copia cédula de ciudadanía del señor Francisco Martínez Osorio –Fol. 31
- ❖ Copia declaración extrajuicio No.962/2019 –Fol. 32.
- ❖ Copia derecho de petición presentado a la ESE IMSALUD. –Fol. 35 y s.s.

2. FUNDAMENTOS LEGALES

2.1. DE LA COMPETENCIA

De conformidad con el Decreto 1983 de 2017, por el cual se modifican artículos del Decreto 1069 de 2015, específicamente el Art. 1º, Numeral. 2, este despacho es competente, ya que las accionadas son entidades del orden nacional.

2. 2. DETERMINACIÓN DEL DERECHO TUTELADO.

Según el artículo 2 del Decreto 306 de 1991, que reglamentó el Decreto 2591 de 1991, "... la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni

para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualesquiera otra norma de rango inferior."

De manera taxativa esos derechos se encuentran establecidos en el Título II, Capítulo I, Artículos 11 al 41 de la Constitución Nacional, sin olvidar que hay algunos que no están incluidos en dichas normas, pero también tienen esa categoría.

2.3. PRECISIÓN EN QUE CONSISTE LA VIOLACIÓN O AMENAZA A LOS HECHOS DEL ASUNTO QUE NOS OCUPA,

2.3.1 La Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 86, la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuyo fin es el de ofrecer a las personas un inmediato amparo a los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos expresamente señalados por la ley, cuando no existe otro medio de defensa judicial o existiendo, se invoque como medio transitorio, frente a lo cual deben concurrir, dos presupuestos: **(i) que esté en inminencia de causarse un perjuicio irremediable y (ii) que tal perjuicio tenga como causa eficiente una acción u omisión de una autoridad pública que vulnere o ponga en peligro derechos fundamentales.**

Uno de los requisitos de la acción de tutela es la legitimidad, art. 10 del decreto 2591 de 1991, reglamentado por el Decreto 306 de 1992, de lo cual se desprenda que la acción de tutela sólo puede ser ejercida por la persona afectada, bien en forma directa o por apoderado, para la protección de sus derechos fundamentales.

Cuando la persona no ejerce en forma directa la acción, puede ser representada por otra, a través de la representación legal, o en desarrollo de la agencia oficiosa. En este caso se ejerce la acción en nombre propio.

2.3.2 Problema Jurídico.

Para el caso en estudio corresponde al Despacho analizar si la entidades accionadas han vulnerada a la señora Diana Milena Martínez Pedraza los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por ser cabeza de familia, al mínimo vital, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, quien se encontraba nombrada en provisionalidad, al desvincularla del cargo que ocupaba en la E.S.E. IMSALUD para darle prelación a quien ingresa por carrera.

2.3.3 Desarrollo de la problemática planteada.

Para tema en estudio, el Despacho reiterará la Jurisprudencia Constitucional respecto: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, (ii) El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del



concurso, por último, se resolverá el caso concreto.

I. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

En múltiples oportunidades la Alta 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 acto¹. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

En este orden de ideas, se ha concluido 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.

En concreto, 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.

II. El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional² ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes

¹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

² Al respecto se pueden consultar las sentencias C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).



palabras:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)³.

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso⁴.

Del aparte jurisprudencial concluye el Despacho que aun cuando el actor dispone de

³ En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que *“el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”*.

⁴ De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), reiterada en la sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: *“(i) La convocatoria: Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) elaboración de lista de elegibles: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”*. (Negritas del texto original).



otros mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Despacho abordará el estudio del caso, a fin de determinar si hay lugar a conceder el amparo solicitado.

3. Caso concreto.

La presente acción de tutela fue instaurada por Diana Milena Martínez Pedraza, de 35 años de edad, actuando en nombre propio, pretendiendo que le sean amparados sus derechos fundamentales estabilidad laboral reforzada por ser cabeza de familia, al mínimo vital, a la igualdad, al mérito, al trabajo y al debido proceso, quien se encontraba nombrada en provisionalidad, al desvincularla del cargo que ocupaba en la E.S.E. IMSALUD para darle prelación a quien ingresa por carrera.

Conforme se avizora en el expediente tutelar y lo manifestado por la accionante, se inscribió en el concurso de abierto de méritos para proveer definitivamente diez (10) empleos, con ciento cuatro (104) vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la E.S.E. IMSALUD, Convocatoria No. 426 de 2016 Primera Convocatoria E.S.E.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado la subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Así, la Sentencia T-432 de 2002⁵ señaló que el juez debe verificar si existen otros mecanismos de defensa encaminados a la protección del derecho presuntamente vulnerado. La providencia dijo: *“Así las cosas, cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”*

Primero de todo, se debe destacarse es lo dicho en otras oportunidades por la Corte sobre la improcedencia de la acción de tutela cuando con ella se busca dejar sin efectos una actuación administrativa como la que dispuso el retiro de la querellante en razón de la vinculación de quien accedió al cargo por concurso público.

Y es que las inconformidades que se deriven de este tipo de situaciones, deben ventilarse al interior de un proceso contencioso administrativo, dada la naturaleza de la aspiración que se plantea; en ese sentido, la Corte consecuentemente, cuando se exponen en sede constitucional pretensiones de ése talante ha dicho:

“La acción de tutela es un mecanismo extraordinario, instituido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que se derive de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley, sin que pueda erigirse en una vía sustitutiva o alternativa de los medios ordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico ha consagrado para salvaguardarlos, a menos que estos se tornen ineficaces y el amparo sea utilizado como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irreparable.”

⁵ M.P. Jaime Córdoba Triviño

Análogamente y en consonancia con la regla anterior, se ha predicado también que esta acción constitucional no procede, en principio, contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, al igual que contra actos administrativos de carácter particular y concreto, habida cuenta que su control de legalidad está atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las acciones pertinentes”⁶

De igual forma, la Alta Corporación ha sido enfática en señalar la obligatoriedad de las normas encargadas de regir los Concursos de Méritos, sosteniendo al respecto que: *“...el acceso a los empleados públicos debe hacerse a través de un proceso de selección que privilegie el mérito como factor determinante, siendo imperativo e imprescindible que se realice una convocatoria pública, en la que se fijen las reglas de juego que regulen el concurso, con sujeción a la Constitución y a la ley. Es claro, entonces, que la convocatoria constituye el instrumento normativo, por excelencia, que garantiza el acceso a tales empleos de todos los aspirantes en igualdad de condiciones y, una vez consumada la inscripción, quedan sujetos a las pautas establecidas en ella, so pena de que su alteración rompa ese equilibrio, salvo que ésta sobrevenga por una decisión judicial legalmente ejecutoriada. Pues bien, en el evento de que alguno de los participantes esté en desacuerdo con dichas pautas el cauce adecuado para impugnarlas, por regla general, es la demanda de nulidad de la convocatoria o del acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, no susceptible, en principio de la acción de tutela por su naturaleza residual”.*

De otra parte, pese a que el accionante invoca la protección de sus derechos fundamentales al mérito, al acceso a cargos públicos, al trabajo, igualdad, debido proceso, este Despacho encuentra que la presunta vulneración no fue probada, en principio porque no existe un test de razonabilidad, frente a la igualdad que permita a esta instancia, sopesar, por ejemplo, el derecho presuntamente vulnerado respecto de un caso de similares características con los demás concursantes.

Igualmente, la accionante invoca el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, al respecto la Alta Corporación se pronunció consignando lo siguiente:

“(...) la protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. Esto implica que los servidores públicos mujeres cabeza de familia sí pueden ser desvinculadas de las entidades públicas; sin embargo, su protección laboral reforzada conlleva una carga para la entidad consistente en demostrar una justa causa para la desvinculación. Para el caso que nos ocupa la justa causa analizada será el nombramiento de propiedad de una persona que superó las etapas de un concurso de méritos.

El artículo 125 de la Constitución establece el **mérito** como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración pretendiendo que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a*

⁶ CSJ STC, 5 oct. 2010, Rad. 00087-01, citada, entre otras, en STC16437-2015, STC726-2016 y STC12203-2016

partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública⁷. En estos términos, la misma Constitución establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público⁸.

(...)

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que *“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”*⁹, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.¹⁰

Así mismo, en la sentencia de unificación **SU-446 de 2011**¹¹, la Corte Constitucional conoció el caso de varios servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación desvinculados de sus cargos con ocasión de un concurso de méritos surtido al interior de la entidad. En esa oportunidad la Corte Constitucional consideró que:

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹², gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que **sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación**¹³. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”* (negritas fuera del texto original).”

Entendiendo lo anterior, la desvinculación de servidores públicos provisionales con estabilidad laboral reforzada con ocasión de un concurso de méritos ha sido objeto de diferentes pronunciamientos de parte de la Corte Constitucional.

Así mismo, en cuanto al derecho al trabajo, las entidades accionadas no han vulnerado ese derecho porque de acuerdo a la ley, como lo manifestó en sus descargos la CNSC, tiene facultades legales para convocar a concurso y seleccionar a los aspirantes, cuando cumplan con los requisitos para ser admitidos, y no le corresponde al Juez de tutela

⁷ Sentencia SU-086/99.

⁸ Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410/92, C-479/92, T-515/93, T-181/96, C-126/96, C-063/97, C-522/95, C-753/08 y C-588/09, entre otras.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009, considerando 6.1.1.3, página 73.

¹⁰ SU691 de 2017 de la C.C.

¹¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917/10.

¹³ Corte Constitucional sentencias T-1011/03; T-951/04; T-031/05; T-267/05; T-1059/05; T-1117/05; T-245/07; T-887/07; T-010 /08; T-437/08; T-087/09 y T-269/09. Así mismo, la sentencia SU-917/10, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

entrar a usurpar las funciones de la administración, en este caso, en cabeza de las entidades accionadas, y menos para ordenar por vía de tutela, dentro de un proceso administrativo, pues existe un debido proceso, para proveer los cargos vacantes de la administración, previa convocatoria reglamentada por los decretos correspondientes y dentro de ese mismo concepto del debido proceso.

Por otro lado, mirando el caudal probatorio consignado en este expediente, tendremos que decir que no se desprende de la acción constitucional, que al accionante, por la decisión de la E.S.E. IMSALUD, esté en la situación de sufrir un perjuicio irremediable que sólo sea posible evitar mediante la acción de tutela, pues como también lo ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no basta afirmarlo así, sino que se debe demostrar y ello no ocurre aquí.

Para el caso en estudio, al no demostrarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la presente acción de tutela se torna improcedente, incluso, 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.

Disponiendo de los elementos constitucionales, jurisprudenciales y fácticos a los que se ha hecho referencia en los acápites anteriores, en consideración, este Despacho concluye que, en el caso en estudio, NO se le han vulnerado los derechos fundamentales reclamados por el señora Diana Milena Martínez Pedraza, en consecuencia, no se accede a las pretensiones invocadas por el actor y se declara improcedente la presente acción de tutela.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE SAN JOSE DE CUCUTA, NORTE DE SANTANDER, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: NO ACCEDER a las pretensiones invocadas por la señora **DIANA MILENA MARTINEZ PEDRAZA,** frente la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. –IMSALUD y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Notificar este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Ordenar a la Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC, **Notificar** de ésta decisión a los integrantes de la lista de elegibles de la Convocatoria 426 de 2016 Primera Convocatoria E.S.E., a través de su página web.

CUARTO: Remitir el fallo a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no interponerse contra el mismo el recurso de impugnación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

JUEZ:



SHIRLEY MAYERLY BARRETO MOGOLLÓN



