

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "C"**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Magistrada Ponente: **Dra. AMPARO OVIEDO PINTO**

ACCIÓN DE TUTELA

Expediente:	11001-33-35-015-2018-00393-01
Demandante:	CAROLINA MESA SAAVEDRA
Demandada:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y MINISTERIO DEL TRABAJO

La Sala de Decisión de la Subsección "C" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de su competencia legal, específicamente la prevista en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, procede a desatar el recurso de impugnación interpuesto por la accionante, contra el fallo de primera instancia de 10 de octubre de 2018, proferido por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. que negó el amparo deprecado en la acción de tutela y dictar la sentencia de segunda instancia que en derecho corresponda, dentro del proceso promovido por la señora Carolina Mesa Saavedra, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Ministerio del Trabajo.

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos y pretensiones de la acción de tutela.

En el escrito de tutela, la parte actora solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la carrera administrativa, igualdad, trabajo en condiciones dignas y debido proceso.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Las pretensiones de la accionante consisten¹ en que se ordene al Ministerio del Trabajo que en un término de 48 horas realice todas las actuaciones que se encuentren pendientes para lograr su nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de Inspector del Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, conforme a la lista de elegibles conformada en la Resolución No. CNSC-20182120081465 de 09 de agosto de 2018, que actualmente se encuentra en firme.

La demandante funda esas pretensiones en los hechos que a continuación se sintetiza la Sala²:

El día 29 de julio de 2016, la CNSC profirió el Acuerdo 20161000001296 en el que convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de 13 entidades del sector nación – convocatoria 428 de 2016 -, entre las cuales se encuentra el Ministerio del Trabajo

La actora optó dentro de esa convocatoria para el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13 del Ministerio del Trabajo, en donde superó todas las pruebas y etapas del concurso de méritos y actualmente se encuentra en el primer lugar de la lista de elegibles para proveer once (11) vacantes ofertadas en la OPEC no. 34420, lista que quedó conformada en la Resolución no. 20182120081465 de 09 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme desde el 24 de agosto de 2018.

Mediante comunicación no. 20182010456591, la CNSC informó al Ministerio la firmeza de las listas de elegibles a su cargo, entre las cuales se encuentra la de la OPEC no. 34420.

¹ Folio 10.

² Folios 1 a 4.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

De otra parte, a través de oficio no. 06EE201840000000049122 de 23 de agosto de 2018, la CNSC comunicó al Ministerio del Trabajo y a los elegibles, que de acuerdo con el artículo 2.2.6.21 del decreto 1083 de 2015, la entidad contaba con un término de 10 días para proceder a los nombramientos en estricto orden de mérito.

Afirma la demandante que el día 28 de agosto del presente año dirigió un oficio al Subdirector de Talento Humano del Ministerio del Trabajo, manifestando la aceptación al cargo de carrera administrativa, sin embargo hasta la fecha no ha obtenido respuesta frente a ese documento.

La lista de elegibles tiene una vigencia de dos años conforme al numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004, lo que constituye un acatamiento a las causales de procedencia de la acción de tutela.

Reclama que cuenta con un derecho adquirido a ser nombrada y posesionada en periodo de prueba conforme al artículo 58 constitucional, y no una mera expectativa.

Si bien es cierto que la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió un auto el día 23 de agosto de 2018 –notificado el 27 de agosto de 2018–, en el que decretó una medida cautelar de suspensión provisional de las actuaciones administrativas adelantadas con ocasión del concurso de méritos en la Convocatoria 428 de 2016, dicha orden está dirigida a la CNSC, únicamente para actuaciones futuras y no así para las adelantadas a la fecha de ejecutoria del auto, entre ellas la lista de elegibles que se encuentra en firme.

Adicionalmente, la CNSC solicitó la aclaración de ese auto, respecto de los efectos de la medida cautelar decretada para dilucidar si sus efectos se extienden a los actos administrativos proferidos después de la firmeza de la lista de elegibles, para resolver esa solicitud el Consejo de Estado profirió un

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

nuevo auto el 06 de septiembre de 2018, donde dispone que no es procedente acceder a la aclaración por cuanto escapa al objeto del asunto tratado, en el que, precisó, únicamente se revisan las actuaciones de la CNSC y no las de las demás entidades que fueron objeto de la convocatoria.

Debe considerarse que la decisión del Consejo de Estado se refiere únicamente a la suspensión de las actuaciones de la CNSC pendientes, tales como la expedición de las listas de elegibles que no alcanzaron a quedar en firme, pues sus efectos son a futuro y no pueden afectar las actuaciones que crearon un derecho adquirido y subjetivo.

El 11 de septiembre la CNSC expidió un criterio unificado sobre el derecho de los elegibles a ser nombrados y estableció que todas las listas de elegibles que cobraron firmeza con anterioridad a la notificación de una medida cautelar de suspensión provisional, respecto a la competencia de esa entidad, constituyen un derecho consolidado a ser nombrados en periodo de prueba, dado que el acto de conformación surte un efecto inmediato y directo frente a su destinatario, en consecuencia corresponde a las entidades que hacen parte de una convocatoria y que cuentan con las listas de elegibles en firme, nombrar en estricto orden a los elegibles que culminaron satisfactoriamente el proceso de selección.

Adicionalmente la CNSC expuso en su página web el 27 de agosto su posición frente a la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado en el expediente 11001-03-25-000-2017-00326-00, al informar que las OPEC publicadas antes de la notificación de esa decisión no se ven afectadas por la misma y que continuaría con el trámite respectivo.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

2.- Contestación de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El asesor jurídico de la entidad accionada presentó un memorial de respuesta a la acción de tutela en el que expuso los siguientes planteamientos³:

Revisado el aplicativo SIMO se estableció que la actora se inscribió al proceso de selección para empleos identificados con código OPEC no. 34420 - Inspector del Ministerio del Trabajo.

En Resolución no. 20182120081465 de 09 de agosto de 2018 se conformó la lista de elegibles para proveer las cuatro (4) vacantes del empleo denominado Inspector del Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, en la que la aspirante ocupó el primer lugar. Esa lista cobró firmeza desde el 27 de agosto de 2018.

Si bien es cierto que la Convocatoria no. 428 de 2016 fue suspendida a causa de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado el día 23 de agosto de 2018 dentro del expediente no. 11001-03-25-000-2017-00326-00, esa decisión no fue notificada a la CNSC hasta el 27 de agosto de 2018 por lo que sus efectos se surtieron a partir del día 28 de agosto del presente año, momento para el cual ya se encontraba en firme la lista de elegibles referida.

De igual manera, mediante auto de 06 de septiembre de 2018, el Consejo de Estado aclaró su providencia, en el sentido de precisar que la medida cautelar únicamente hacía referencia al Ministerio del Trabajo y por tanto las demás entidades no se vieron afectadas por la decisión de suspensión.

Mediante criterio unificado del 11 de septiembre de 2018, la CNSC dispuso que todas las listas de elegibles que cobraron firmeza antes de la notificación de una medida cautelar de suspensión provisional, respecto a su competencia,

³ Folios 95 a 98.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

constituyen a los elegibles en posición de mérito, un derecho consolidado y subjetivo a ser nombrados en periodo de prueba, porque el acto de conformación de la lista surte efectos inmediatos, directos y subjetivos frente a sus destinatarios.

Por último afirmó que las pretensiones de la tutela no surten efecto alguno respecto a esa entidad, dado que ha cumplido a cabalidad las reglas del concurso hasta la firmeza de las listas de elegibles; que lo concerniente a procesos posteriores tales como el nombramiento en periodo de prueba, corresponden a las distintas entidades del orden nacional involucradas en la convocatoria.

3. Contestación del Ministerio del Trabajo.

La autoridad ministerial accionada dio contestación a la tutela por intermedio de su asesora jurídica con los siguientes planteamientos de defensa⁴:

Mediante oficio de 1º de junio de 2016, la CNSC informó al Ministerio del Trabajo su intención de realizar una convocatoria para proveer las vacantes definitivas de las entidades del orden nacional.

Si bien a través de un documento fechado el 22 de junio de 2016 el Ministerio informó a la Comisión el dato de las vacantes en los cargos de Inspector de Trabajo y Seguridad Social que debían ser provistos a través de concurso de méritos, en ningún momento la autorizó a desconocer lo establecido en el artículo 31.1 de la Ley 909 de 2004, que consagra que toda convocatoria debe estar suscrita por la CNSC y el jefe de la entidad u organismo correspondiente. A pesar de lo anterior, la CNSC de manera unilateral publicó el Acuerdo no. 20161000001296 de 29 de julio de 2016, el cual no fue suscrito por el Ministerio del Trabajo, razón por la cual, mediante oficio de 03 de agosto de

⁴ Folios 122 a 129.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

2016 la entidad reiteró que no ofertaría los empleos vacantes de la oferta pública de empleados de carrera – OPEC del nivel Profesional, en sujeción al concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP de 08 de julio de 2016 donde se indicó que toda convocatoria debe contar con la suscripción de la CNSC y el jefe de la entidad que provee el cargo; la apropiación presupuestal de los recursos para sufragar los gastos que conlleva el proceso de selección. Se precisó además que la CNSC es incompetente para convocar a concurso de manera unilateral y la facultad de ejecución coactiva con que cuenta la Comisión.

El Ministerio del Trabajo ha informado en varias oportunidades a la CNSC que no cuenta con recursos suficientes para sufragar el concurso en las vigencias 2016, 2017 y 2018, porque aquellos con los que cuenta apenas logran cubrir las mínimas necesidades de la entidad.

A través de un oficio de 17 de enero de 2018 el Ministerio del Trabajo solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la asignación de un presupuesto con vigencia del presente año para la Convocatoria no. 428 de 2016, como respuesta a ese requerimiento la cartera respondió el 10 de agosto de 2018 que de acuerdo con la política de austeridad trazada por el Gobierno Nacional, la Dirección General del Presupuesto Público Nacional ha estudiado la situación particular del Ministerio del Trabajo, entidad que debe proponer dentro de su presupuesto el respectivo ajuste para atender ese gasto.

La lista expedida de manera unilateral por parte de la CNSC es de fecha 09 de agosto de 2018 y adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo 562 de 2016, cuenta con una vigencia de 2 años hasta el 27 de agosto de 2020, lo que desvirtúa el supuesto riesgo inminente en que se encuentra la actora para su nombramiento, situación que es concomitante con el auto proferido por el Consejo de Estado el 23 de agosto de 2018 dentro del expediente no. 11001-

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

03-25-000-2017-00326-00 en el que ordenó a la CNSC que suspenda la actuación administrativa que adelanta con ocasión del concurso referido respecto del Ministerio del Trabajo.

Las razones que dieron lugar a la medida cautelar decretada el 23 de agosto de 2018 bien pueden generar posteriormente la nulidad del concurso una vez sea proferida la sentencia, lo que invalidaría todas las actuaciones realizadas dentro de la convocatoria no. 428 de 2016, entre ellas las listas de elegibles que adquirieron firmeza antes de la medida cautelar, los nombramientos en periodo de prueba que hayan podido efectuarse y el ingreso de los nombrados a la carrera administrativa ante el decaimiento de los actos que ordenaron su vinculación al servicio.

De igual manera se verían afectados los derechos del personal provisional y encargado, cuya vinculación termine por el uso de las listas de elegibles retiradas del ordenamiento jurídico, con las posibles condenas para el Estado por las demandas judiciales iniciadas por unos y otros.

II. EL FALLO IMPUGNADO.

El Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia de 10 de octubre de 2018, amparó única y exclusivamente el derecho fundamental de petición de la accionante y ordenó al Ministerio del Trabajo que dé respuesta a la solicitud elevada por la actora el día 28 de agosto de 2018, en el que solicitó información respecto al trámite administrativo para lograr su nombramiento.

En lo demás negó las pretensiones de la acción de tutela relacionadas con el amparo a los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Para arribar a esa decisión, la *a quo* (Dra. Martha Helena Quintero Quintero), tuvo las siguientes consideraciones:

Luego de exponer los antecedentes del trámite procesal y plantear el problema jurídico, se pronunció en términos generales frente a la procedencia de la acción de tutela en concursos de méritos para luego referirse a las particularidades de la convocatoria no. 428 de 2016.

Descendió al caso concreto al afirmar que la actora participó en dicha convocatoria, en donde aplicó a la OPEC no. 34420, correspondiente al Ministerio del Trabajo, quedando en la lista de elegibles.

Estimó probado que ante el Consejo de Estado se presentó una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad en la que se controvertió la legalidad del Acuerdo no. 20161000001296 de 2016, modificado por los Acuerdos 20171000000086 de 1º de junio de 2017 y 20171000000096 de 14 de junio de 2017, contentivos de la convocatoria no. 428 de 2016, a la que se asignó la radicación no. 11001-03-25-000-2017-00326-00.

En esa demanda se solicitó como medida cautelar la suspensión de los acuerdos, argumentando que la violación de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, por cuando la CNSC los emitió de forma unilateral, sin contar con la firma del jefe del Ministerio del Trabajo.

La medida cautelar fue decidida por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado a través de auto de 23 de agosto de 2018, en el que se accedió a la suspensión provisional de la actuación administrativa adelantada con ocasión del concurso de méritos abierto por la convocatoria 428 de 2016, hasta tanto se profiera sentencia. Esa decisión no discriminó a las entidades sobre las cuales aplicaba por lo que se concluyó que incidió sobre todas aquellas relacionadas en la convocatoria.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Por lo anterior, la CNSC solicitó la aclaración de la decisión, la cual fue resuelta por el Consejo de Estado en auto de 06 de septiembre de 2018, donde se precisó que la suspensión procedería únicamente respecto del Ministerio del Trabajo.

Precisó la *a quo* que en el Título V de la Ley 909 de 2004 se regula el ingreso y ascenso a los empleos de carrera, a su vez su Capítulo I reglamenta el proceso de selección o concursos y el artículo 30 determina la entidad competente para adelantar los concursos de mérito.

De esas normas la Juez de primera instancia coligió que dicho proceso se erige en una actuación administrativa en cabeza de la CNSC, en la que no participan activamente las entidades públicas convocadas, quienes deben acatar las disposiciones de ese organismo. Esa es la razón del porqué el medio de control de nulidad que cursa en el Consejo de Estado únicamente tiene como sujeto pasivo a la CNSC.

A pesar de lo anterior, para la *a quo* no es posible pretender que la medida cautelar adoptada por el Consejo de Estado tenga efectos única y exclusivamente para las actuaciones de la Comisión, porque precisamente su función es la de proteger preventivamente a quienes acuden ante esta jurisdicción a reclamar un derecho con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.

El alto Tribunal no ordenó la suspensión de los Acuerdos impugnados pero sí de las actuaciones administrativas, las cuales conforman un todo, por lo que una eventual declaratoria de nulidad implicaría el decaimiento de todos los actos administrativos dentro de la convocatoria no. 428 de 2016.

Finalmente la *a quo* tuvo como probado que la demandante radicó un derecho de petición el día 28 de agosto de 2018 ante el Ministerio del Trabajo,

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

solicitando su nombramiento en periodo de prueba, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, al cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, sin embargo no existe constancia en el expediente que acredite la respuesta a esa petición, razón por la cual declaró el amparo a ese derecho fundamental de la actora y ordenó a la entidad que dé respuesta al requerimiento en un término de 48 horas.

III. LA IMPUGNACIÓN

La señora Carolina Mesa Saavedra impugnó el fallo de primera instancia solicitando que se revoque y en su lugar se acceda a sus pretensiones, ordenando al Ministerio del Trabajo que la nombre en periodo de prueba⁵.

Para sustentar sus argumentos de contradicción transcribió íntegramente los planteamientos expuestos en la demanda de tutela, en lo demás controvertió que la decisión de la *a quo* únicamente amparó su derecho fundamental de petición, cuya protección no solicitó.

No se tuvo en cuenta los argumentos y pruebas esbozadas según las cuales la negativa a su nombramiento obedece a una declaratoria de suspensión ordenada por el Consejo de Estado que no aplica a las listas de elegibles que se encuentren en firme y únicamente se dirige a las actuaciones de la CNSC, no así a las obligaciones que corresponden a las distintas entidades implicadas, entre ellas el Ministerio del Trabajo.

Alegó la existencia de un hecho sobreviniente, consistente en el auto de 1º de octubre de 2018 proferido por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado. M.P. William Hernández Gómez, por medio del cual resolvió una serie de solicitudes de aclaración contra la providencia que decretó la medida cautelar.

⁵ Folios 152 a 167 reverso.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

En esa decisión el alto Tribunal precisó que no es posible extender los efectos de la medida cautelar a los actos administrativos proferidos después de la lista de elegibles y negó la solicitud de incluir los actos de contenido particular, por cuanto dichas decisiones escapan al objeto del asunto discutido en el medio de control de nulidad simple contra la CNSC.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona dispone de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. Problema jurídico

Pretende la parte actora, a través de su recurso de apelación, que se revoque la sentencia de primera instancia de 10 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en la que se amparó única y exclusivamente su derecho fundamental de petición, y se negó el amparo a sus derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa, igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, para que en su lugar se amparen dichos derechos y en consecuencia se ordene al Ministerio del Trabajo que nombre en periodo de prueba a la señora Carolina Mesa Saavedra en el cargo al que ella concursó y superó dentro de la convocatoria no. 428 de 2016.

Corresponde a la Sala determinar si fue adecuada la decisión impugnada o si le asiste la razón a la parte accionante en su memorial de apelación.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

2. De la procedencia de la acción de tutela frente a decisiones proferidas en un concurso de méritos.

Según lo previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa del Estado ha de desarrollarse con estricta observancia de los principios de eficacia, economía, igualdad, imparcialidad y publicidad.

Acorde con esa norma, el artículo 125 de la Carta establece, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Además, el mismo artículo dispone que todos los cargos cuyo sistema de nombramiento no haya sido fijado por la Constitución o la ley, deberán proveerse mediante concurso público y agregó que, el ingreso y el ascenso en los mismos se logra previo cumplimiento de los requisitos y condiciones legales que permiten determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

De esa manera se consagró la carrera administrativa como regla general para el ingreso al servicio público, que se concreta a través del sistema de méritos que le es propio, en tanto la finalidad de aquella es *“preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. En todo caso, el propósito fundamental del sistema de carrera es garantizar el ingreso y ascenso en los cargos públicos en condiciones de igualdad a fin de hacer efectivos los principios en que se funda el Estado Social de Derecho”*⁶.

Así, el concurso de méritos ha sido concebido como el mecanismo idóneo para que el Estado, haciendo uso de criterios de imparcialidad y objetividad, mida

⁶ Sentencia C-284 de 2011.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

el mérito, capacidades, habilidades, preparación y aptitudes generales y específicas de los aspirantes a un empleo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo, sin tomar en cuenta consideraciones de tipo subjetivo.

Sobre el particular la Corte Constitucional, en sentencia SU-133 de 1998 explicó lo siguiente:

“La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.

Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo (arts. 25 y 53 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, numeral 7, C.P.), realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático.”

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 130 de la Constitución Política, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración de los Sistemas de Carrera, excepto de aquellos que tengan carácter especial. Así mismo, los literales a) y c) del Artículo 11 de la Ley 909 de 2004, disponen que son funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, relacionadas con la administración de la carrera administrativa, establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa y elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Debe precisar la Sala que es reiterada la jurisprudencia constitucional en la que se ha considerado 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.

No obstante, esa misma 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 para controvertir actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Esas *subreglas* se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra dichos actos administrativos (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 impostergable⁷; y, (ii) cuando el medio de defensa existe,

⁷ En sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable:

"A)... **inminente**: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

"B). Las **medidas** que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

"C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

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.

En diversos pronunciamientos la H. Corte Constitucional 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*”⁸ y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. 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:

“En los casos en que se pretende dejar sin efectos actos administrativos, la Corte, frente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela ha señalado que, en tratándose de esta clase de decisiones, antes de acudir a este mecanismo de protección, se deben agotar las vías ordinarias, salvo que para el juez sea evidencie que dichos mecanismos no proporcionan una pronta y eficaz protección a los derechos que invoca el accionante.”

No obstante, en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos

*“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)*

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”.

⁸ Ver **CORTE CONSTITUCIONAL**. Sentencias T-606 de 2010 y T-169 de 2011.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

del accionante, razón por la cual, **la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.**

El caso examinado versa sobre una persona que dentro de un concurso de méritos, no fue nombrada a pesar de haber obtenido el primer lugar.

De conformidad con lo expuesto, la acción de tutela es la vía más eficaz para reclamar sus derechos, así no haya acudido a la jurisdicción ordinaria.”⁹

En punto a la primera *subregla* antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte 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 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”¹⁰.

En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra decisiones proferidas al interior de un concurso de méritos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable,

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

el juez pueda conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la controversia correspondiente, siempre que los actos administrativos sean enjuiciables y no haya necesidad de la protección definitiva por tratarse de casos en que el medio idóneo no posibilite la eficacia necesaria que se requiere para lograr la garantía de los derechos fundamentales de manera plena e integral y célere.

Así entonces, para efectos de dilucidar si la solución a la controversia sometida a consideración de esta Sala puede proceder por la vía de tutela, se hace necesario efectuar un análisis crítico a los medios de prueba aportados al expediente, para así determinar si se cumplen con los presupuestos de procedibilidad antes anotados.

3. Análisis crítico de los medios de prueba y caso concreto.

A continuación la Sala se permite relacionar de manera ordenada los medios de prueba aportados al expediente para efectos de extraer los supuestos fácticos que se encuentren acreditados y concluir si es o no procedente la acción de tutela *sub examine*:

Mediante Acuerdo No. 20161000001296 de 29 de julio de 2016, modificado a través de actos 201710000000086 de 1º de junio de 2017 y 201710000000096 de 14 de junio de 2017, la CNSC convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer de manera definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de trece (13) entidades del Sector Nación, entre ellas el Ministerio del Trabajo - Convocatoria No. 428 de 2016-.

En fecha 09 de agosto de 2018, la CNSC profirió la Resolución No. 20182120081465, "*Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 34420, denominado Inspector de Trabajo y Seguridad Social,*

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Código 2003, Grado 13, del Sistema General de Carrera del Ministerio del Trabajo, ofertado a través de la Convocatoria No. 428 de 2016 y se declara desierto el concurso para siete (7) vacantes del mismo empleo” y resolvió¹¹:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo de carrera denominado Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Código 2003, Grado 13 del Ministerio del Trabajo, ofertado a través de la Convocatoria No. 428 de 2016, bajo el código OPEC No. 34420, así:

<i>Posición</i>	<i>Tipo Documento</i>	<i>Documento</i>	<i>Nombre</i>	<i>Puntaje</i>
1	CC	52707793	CAROLINA MESA SAAVEDRA	69.37

(...)”

Con oficio radicado no. 20182010456591¹², la CNSC comunicó al Ministro del Trabajo, la firmeza de las listas de elegibles para esa entidad dentro de la Convocatoria 428 de 2016. En lo que atañe al caso concreto, se precisó que la lista de elegibles para el cargo OPEC no. 34420, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, contenida en la Resolución No. 20182120081465 **cobró firmeza desde el día 17 de agosto de 2018.**

Consta en el expediente que el Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo – CNIT, interpuso una demanda parcial en ejercicio del medio de control de nulidad simple en contra del Acuerdo CNSC-20161000001296 de 29 de julio de 2016, en la que solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de ese acto, por cuanto carece de la firma del Ministro del Trabajo,

¹¹ Folios 28 a 30.

¹² Folio 31.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

lo que a criterio de los demandantes deviene en su nulidad de conformidad con el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004¹³.

La sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, con ponencia del H. Magistrado William Hernández Gómez, profirió auto dentro de ese expediente con radicado no. 11001-03-25-000-2017-00326-00, el día 23 de agosto de 2018¹⁴ en donde dispuso:

“PRIMERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016 (2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia. (...)”

Como viene de leerse, la providencia en cita no discriminó las entidades sobre las cuales versaba la medida de suspensión provisional, al no hacerlo se dio lugar a interpretar que la decisión afectó a todas las entidades implicadas en la convocatoria.

Respecto a la notificación de ese auto, la CNSC en su memorial de contestación a la presente acción de tutela afirmó que se surtió por estado el día 27 de agosto de 2018¹⁵, por lo que de conformidad con lo establecido en

¹³ **ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO.** El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. **La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.**

¹⁴ Folios 13 a 21 reverso.

¹⁵ Folio 100.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

los artículos 118¹⁶ y 295¹⁷ de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso-, sus efectos se causaron a partir del día siguiente, es decir desde el **28 de agosto de 2018**, esto es con posterioridad a la firmeza de la lista de elegibles conformada por la CNSC para proveer la vacante a la que optó la demandante, dentro de la que ocupa el primer lugar, como quedó expuesto en antelación.

16 ARTÍCULO 118. CÓMPUTO DE TÉRMINOS. *El término que se conceda en audiencia a quienes estaban obligados a concurrir a ella correrá a partir de su otorgamiento. En caso contrario, correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.*

El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.

Si el término fuere común a varias partes comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación a todas.

Cuando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, mientras esté corriendo un término, no podrá ingresar el expediente al despacho, salvo que se trate de peticiones relacionadas con el mismo término o que requieran trámite urgente, previa consulta verbal del secretario con el juez, de la cual dejará constancia. En estos casos, el término se suspenderá y se reanudará a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiera.

Mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias decretadas por autos que no estén pendientes de la decisión del recurso de reposición. Los términos se reanudarán el día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiera, o a partir del tercer día siguiente al de su fecha si fuera de cúmplase.

Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado.

17 ARTÍCULO 295. NOTIFICACIONES POR ESTADO. *Las notificaciones de autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera se cumplirán por medio de anotación en estados que elaborará el Secretario. La inserción en el estado se hará al día siguiente a la fecha de la providencia, y en él deberá constar:*

- 1. La determinación de cada proceso por su clase.*
- 2. La indicación de los nombres del demandante y el demandado, o de las personas interesadas en el proceso o diligencia. Si varias personas integran una parte bastará la designación de la primera de ellas añadiendo la expresión "y otros".*
- 3. La fecha de la providencia.*
- 4. La fecha del estado y la firma del Secretario.*

El estado se fijará en un lugar visible de la Secretaría, al comenzar la primera hora hábil del respectivo día, y se desfijará al finalizar la última hora hábil del mismo.

De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará constancia con su firma al pie de la providencia notificada.

De los estados se dejará un duplicado autorizado por el Secretario. Ambos ejemplares se coleccionarán por separado en orden riguroso de fechas para su conservación en el archivo, y uno de ellos podrá ser examinado por las partes o sus apoderados bajo la vigilancia de aquel.

PARÁGRAFO. *Cuando se cuente con los recursos técnicos los estados se publicarán por mensaje de datos, caso en el cual no deberán imprimirse ni firmarse por el Secretario.*

Cuando se habiliten sistemas de información de la gestión judicial, la notificación por estado solo podrá hacerse con posterioridad a la incorporación de la información en dicho sistema.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

La anterior información fue corroborada por la Sala en la página web de consulta de procesos del Consejo de Estado, en donde se evidencia la notificación por estado y las posteriores remisiones a partir de esa fecha.¹⁸

Ahora bien, a causa de las múltiples acciones de tutela radicadas en esta Corporación, relacionadas con las controversias derivadas de la suspensión de las actuaciones administrativas en la Convocatoria 428 de 2016 y su Acuerdo 1000001296 de 2016, la Sala conoce que a pocos días de ser radicada la acción de tutela *sub lite*, el Consejo de Estado profirió una providencia el día **06 de septiembre de 2018**¹⁹, dentro del proceso no. 11001-03-25-000-2017-00326-00, en la que decidió una solicitud de aclaración presentada por la CNSC frente al auto de 23 de agosto de 2018. En esa ocasión se resolvió lo siguiente:

“Primero: Aclarar el ordinal primero del auto proferido por el Despacho el 23 de agosto de 2018, el cual quedará así:

*PRIMERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto **sólo respecto del Ministerio de Trabajo**, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdo 2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia. (...)* (Se resalta)

Esa decisión, notificada por estado desde el 07 de septiembre de 2018²⁰, obedeció a que la demanda de nulidad que dio lugar a la medida de suspensión provisional, se dirigió a controvertir parcialmente el Acuerdo

¹⁸

http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=11001032500020170032600

¹⁹ Folios 51 a 53

²⁰

http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=11001032500020170032600

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

CNSC-20161000001296 de 29 de julio de 2016, únicamente en lo concerniente al Ministerio del Trabajo y no así respecto a las otras entidades involucradas en la convocatoria 428 de 2016.

Así las cosas, si bien a la fecha existe una orden a la CNSC para que suspenda provisionalmente las actuaciones administrativas que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos de la Convocatoria 428 de 2016, el auto que decretó la medida cautelar fue expedido el 23 de agosto de 2018 y fue notificado a partir del 27 de agosto de este año, y que de igual manera, el auto que resolvió una solicitud de aclaración en el que se precisó que la medida únicamente aplica respecto de las actuaciones relacionadas con el Ministerio del Trabajo, data del 06 de septiembre de 2018, notificado por estado de 07 de septiembre del presente año; tales decisiones fueron proferidas con posterioridad a la fecha en que la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182120081465 cobró firmeza, lo cual como quedó anotado aconteció desde el día 17 de agosto de 2018.

De igual manera, la Sala constata que ante el Consejo de Estado fue interpuesta otra demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple, interpuesta por el ciudadano Wilson García Jaramillo en contra del Acuerdo CNSC-20161000001296 de 29 de julio de 2016. En esa oportunidad el actor solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de ese acto, aduciendo la falta de firma por parte de los *jefes* de 13 entidades beneficiarias del concurso, situación que constituye el cargo de nulidad fundamental en tales procesos por una presunta trasgresión al artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Al igual que en la demanda antes referenciada, el conocimiento de este asunto con radicado no. 11001-03-25-000-2018-00368-00, correspondió a la sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, despacho del Magistrado

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

William Hernández Gómez, quien profirió auto el mismo día **06 de septiembre de 2018**²¹ en donde dispuso:

*“PRIMERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto de las siguientes entidades: (...) **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo** (...) que hacen parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdos 20161000001296 del 29 de julio de 2016 y 20171000000086 del 1º de junio de 2017), hasta que se profiera sentencia. (...)”*

La Sala verifica que la notificación por estado de esa decisión se surtió a partir del día 10 de septiembre de 2018²².

Posteriormente, a través de proveído de 1º de octubre de 2018²³, la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado resolvió una serie de solicitudes presentadas por los coadyuvantes dentro del proceso ordinario referido y en esa oportunidad plasmó las siguientes consideraciones que resultan pertinentes para desatar la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala:

*“(...) Asimismo, **no procede(n) las solicitudes de extender los efectos de la medida cautelar decretada a los actos administrativos proferidos después de la lista de elegibles, por cuanto escapa del objeto del presente asunto, el cual versa sobre la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no de las demás entidades que fueron objeto de la convocatoria 428 de 2016.***

²¹ Folios 23 a 31

²²

http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=11001032500020180036800

²³ Folios 116 a 124.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Igualmente, es improcedente la petición que se indique la fecha a partir de la cual se entendería suspendido el concurso, pues la aclaración de providencias no es para esclarecer dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones contenidas en la providencia. (...)²⁴ (Se resalta)

Como viene de leerse, el H. Consejo de Estado, pese a que negó la aclaración en los términos en que fue pedida, sí dijo que no proceden las solicitudes de extender los efectos de la medida cautelar decretada a los actos administrativos proferidos después de la lista de elegibles, por cuanto tal situación escapa al objeto del proceso, el cual versa únicamente sobre la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no de las demás entidades que fueron parte de la convocatoria. Bajo ese entendido, dicha suspensión se refiere a las actuaciones desplegadas por la CNSC dentro del proceso concursal si aquel no hubiere concluido y no a los procesos concluidos mediante lista de elegibles que alcanzaron ejecutoria como bien lo señala la Comisión Nacional del Servicio civil en su intervención en este proceso.

Así entonces, se adoptó la decisión de suspender de manera provisional y parcial los efectos del Acuerdo mencionado respecto a las actuaciones administrativas de la CNSC frente al Ministerio del Trabajo con posterioridad a la fecha en que cobraron firmeza algunas listas de elegibles, entre ellas la relativa al cargo OPEC no. 34420, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, contenida en la Resolución No. 20182120081465, lo que, se reitera, aconteció desde el día 17 de agosto de 2018, pero ello no significa que se hubieren suspendido las actuaciones administrativas de la entidad a la que corresponde efectuar los nombramientos.

Adicionalmente debe recalcar que contra la medida cautelar decretada por el H. Consejo de Estado, varios coadyuvantes interpusieron sendos recursos

²⁴ Folio 121 reverso.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

de súplica en ejercicio de lo reglado por el artículo 236²⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se concede en el efecto devolutivo, lo que significa que las autoridades involucradas en el proceso ordinario estaban en la obligación de acatar dicha orden de suspensión provisional de manera inmediata.

De la revisión de la página web de la Rama Judicial para consulta de procesos es posible constatar que el cuaderno que contiene los recursos de súplica mencionados pasó al Despacho de la H. Magistrada Sandra Lisset Ibarra para ser resueltos, desde el día 02 de noviembre de 2018, sin que hasta la fecha se haya emitido alguna decisión sobre el particular²⁶:

"02/11/2018

AL DESPACHO CUADERNO
DE MEDIDAS CAUTELARES

PASA AL DESPACHO DE LA DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ PARA CONSIDERAR LOS RECURSOS ORDINARIOS DE SÚPLICA INTERPUESTOS POR LOS SEÑORES PEDRO ROA PINZON Y OTROS Y A.N, D. J. E. CONTRA LOS AUTOS PROFERIDOS EL 06-09-2018 Y EL 01-10 - 2018 EL PRIMERO QUE DECRETÓ LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL Y EL SEGUNDO QUE NEGÓ LA ACLARACIÓN Y ADICCIÓN

²⁵ **ARTÍCULO 236. RECURSOS.** El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno".

²⁶

http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=11001032500020180036800

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Con fundamento en todo lo anterior y para acreditar que dio cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia, en el que el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá amparó el derecho fundamental de petición de la actora, el Ministerio del Trabajo anexó al expediente una copia del oficio no. 08SI20184200000000023999 de 26 de septiembre de 2018²⁷ en donde manifestó a la actora que no era procedente acceder a su solicitud de nombramiento provisional a causa de la orden judicial del Consejo de Estado, por lo que no la nombraría en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, hasta tanto exista un nuevo pronunciamiento que permita continuar con dicho trámite.

Luego entonces, la medida de suspensión provisional de las actuaciones de la Comisión, se ha dictado dentro de dos procesos en donde no han sido demandadas las entidades como el Ministerio aquí accionado, y segundo, valga decir, incluso se sustenta en el siguiente argumento que es la *ratio decidendi* del auto proferido por el Consejo de Estado el 06 de septiembre de 2018 dentro del proceso no. 11001-03-25-000-2018-00368-00, donde se dijo:

“(…) Ahora bien, en lo referente al concurso de méritos abierto de la CNSC se advierte que no se desvirtuó la presunción de legalidad, en la medida que el artículo 31 de la Ley 904 de 2004 señala que la convocatoria debe estar suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el jefe de la entidad, el ordinal 2º del artículo 13 ibídem indica que el presidente de la CNSC es el representante legal de la entidad, por lo tanto, al estar suscritos los acuerdos demandados por el presidente de la CNSC no es evidente la violación al artículo 31 citado para esta entidad, puesto que no requiere firma adicional.”

²⁷ Folio 3 cuaderno 2.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Y de ese argumento se infiere incluso que el Acuerdo 20161000001296 de 29 de julio de 2016 no tiene vicio alguno, a pesar de la anterior manifestación, a renglón seguido el Consejo de Estado declaró en su providencia:

“En consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto de las siguientes entidades: (...) Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (...) adelantado dentro de la Convocatoria 428 de 2016, hasta que se profiera sentencia.”

Las razones de la decisión no señalan en manera alguna la suspensión del proceso de nombramiento de las listas de elegibles que se hallan en firme y debidamente comunicadas a las entidades para que procedan a los nombramientos de quienes estén en estricto orden de méritos; por consecuencia, esa lista de elegibles, contenida en la Resolución No. 20182120081465, reconoció el derecho a ser nombrada a la señora **Carolina Mesa Saavedra**, en el cargo para el cual concursó – **OPEC No. 34420, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, del Sistema General de Carrera del Ministerio del Trabajo, ofertado a través de la Convocatoria No. 428 de 2016-** después de superar un concurso de méritos que responde a la exigencia constitucional del artículo 125 para el ingreso al servicio público, valga decir que ha ingresado a su favor un derecho particular y concreto en los términos del artículo 58 constitucional, que no se puede desconocer en nuestro Estado social de derecho.

Sobre el particular debe recalarse que, conforme la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, aquellas personas que hagan parte de una **lista de elegibles que se encuentre en firme son titulares de un derecho adquirido, subjetivo, particular y concreto y constitucionalmente protegido para ser nombrados en el cargo para el cual concursaron:**

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

(...) Según se demostró en el expediente, la ciudadana Lida Cristina Duarte Pérez participó en el concurso público de méritos abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Convocatoria 001 de 2005, y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución 3117 del 13 de junio de 2011, la cual se le comunicó en la misma fecha.

*Para la Corte Constitucional es claro que el acto administrativo que conformó la lista de elegibles –Resolución 3117 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del 13 de junio de 2011- **ya estaba en firme al momento de promulgación del Acto Legislativo 004 de 2011 el 7 de julio de 2011**, puesto que había transcurrido el término de ejecutoria de cinco días establecido, de manera especial para este procedimiento, en el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, desde el momento en que fue adoptado y comunicado a la peticionaria. Esta firmeza se adquirió, específicamente, el día 21 de junio de 2011.*

*El Acto Legislativo 004 de 2011 dispuso expresamente que regiría a partir de su promulgación, la cual se dio mediante su publicación en el Diario Oficial No. 48.123 de 7 de julio de 2011. **Es claro que este Acto Legislativo no podía afectar las listas de elegibles que ya se encontraban en firme al momento de su promulgación, puesto que las personas que ocupaban los primeros puestos de dichas listas eran titulares de un derecho adquirido, subjetivo, particular y concreto y constitucionalmente protegido a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron.** Así lo reconoció la propia Comisión Nacional del Servicio Civil en el Comunicado de su Presidente del 15 de julio de 2011, arriba transcrito.*

*De manera tal que para la Corte resulta claro que, **al abstenerse de cumplir con tal acto administrativo en firme, la Comisión Nacional***

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

del Servicio Civil desconoció el derecho subjetivo de la ciudadana Lyda Cristina Duarte a ser nombrada en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 18 de INGEOMINAS. (...)²⁸
(Negrilla fuera de texto).

En Sentencia SU-913 de 11 de diciembre de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez se señaló respecto a las listas de elegibles:

*“La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer **con carácter obligatorio para la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso. (...)***

*Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en los cargos que fueron objeto de 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, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y la garantía de su prestación efectiva, sino el respeto de los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.*

*(...) La conformación de una lista de elegibles, en ese sentido, genera para las personas que hacen parte de ella **un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que se concursó, cuando el mismo esté vacante o desempeñado por un funcionario o empleado en provisionalidad**. La consolidación de ese derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer (...)”*
(Resalta la Sala)

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-156 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Para ahondar en razones se cita la sentencia T-455 de 2000 según la cual el ciudadano que ocupó el primer lugar en un proceso de selección **no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado, sino que en realidad detenta la titularidad de un derecho:**

*“(...) Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquellos los superó satisfactoriamente y **ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente** (...)” (Resalta y subraya la Sala)*

En consonancia con los anteriores pronunciamientos, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” en sentencia de 27 de abril de 2017, dentro del expediente 2013-01087-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(...) se predica que existen expectativas legítimas por parte de aquellos aspirantes que figuran en las listas de elegibles ya conformadas para acceder al cargo de dragoneante cuando se abran las vacantes y que existen derechos adquiridos por parte de aquellos que ya fueron llamados para la provisión de estas.

*Por lo tanto **los efectos de la presente sentencia, tal y como se vio en el estudio realizado con anterioridad, respecto a las personas que integran las listas de elegibles ya publicadas y ejecutoriadas, así como de quienes ya han sido nombrados en periodo de prueba o en propiedad, serán “ex nunc”, o sea hacia futuro, toda vez que se deben respetar y proteger los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica de los participantes. Máxime que para los efectos, los derechos de aquellos que se vieron afectados por este requisito adicional fueron protegidos por la misma Corte Constitucional en***

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

sentencia T-590 DE 2015, como antes se expuso, en la que se inaplicó, para el caso concreto el requisito de edad contemplado en el numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, que en esta providencia se anula (...)"

Corolario de todo lo expuesto, esta Sala de decisión debe apartarse de la decisión proferida por la juez de primera instancia, quien en su argumentación estimó que la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado afectó las listas de elegibles conformadas y que previo a la declaratoria de suspensión cobraron firmeza, razón por la cual deberá revocarse la decisión impugnada y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa, debido proceso y trabajo, ordenando que en el transcurso de los 10 días siguientes a la notificación de esta sentencia, el Ministerio del Trabajo nombre en período de prueba a la actora, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, en el cargo al que ella concursó y superó – OPEC No. 34420, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13, del Sistema General de Carrera del Ministerio del Trabajo, ofertado a través de la Convocatoria No. 428 de 2016-, por cuanto el nombramiento ordenado corresponde a un derecho subjetivo y constitucionalmente protegido que deviene de la lista de elegibles que se encuentra en firme y en la cual la señora Carolina Mesa Saavedra ocupó el primer lugar, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

La medida tutelar debe ser definitiva por cuanto dicha lista tiene una vigencia de dos (2) años, el Ministerio no la desconoce y las razones para aplazar la designación, se basan en la medida de suspensión que, como quedó expuesto, no recae sobre la lista de elegibles que le reconoce su derecho, de modo que esperar a un proceso ordinario donde se impugne esa negativa o la decisión de un proceso que no cuestiona dicha lista, es una carga desproporcionada e injustificada para la actora a cuyo favor se declaró el derecho a ser nombrada, y de otra parte, la acción ordinaria como sería la acción de nulidad y

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

restablecimiento del derecho, es exageradamente dilatoria para la obtención del reconocimiento del derecho que en forma nítida lo ha conquistado con su participación en el concurso. Así entonces, negar el nombramiento en esta circunstancia, sería un acto contrario a los fines de la función administrativa laboral que pretende cumplir los fines que persigue el ingreso por mérito, en franco retroceso de los avances de la Constitución de 1991 y es tanto como hacer nugatorios esos derechos constitucionales.

Por ello encuentra la Sala, que la tutela en este caso, es el mecanismo idóneo para reconocer el derecho y ordenar la protección inmediata y definitiva de los derechos que tiene la actora al nombramiento en el cargo para el cual concursó, con lo cual se protege sus derechos al debido proceso, al trabajo y al ingreso por concurso de méritos, al estar en primer lugar de la lista de elegibles, derechos conculcados por el Ministerio accionado. Es claro que dicha lista no ha sido impugnada y es de carácter obligatorio para la administración.

En este punto cabe recordar que la legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

El principio de efectividad de los derechos fundamentales se encuentra previsto en diferentes disposiciones de la Constitución. El art. 2 establece que son fines esenciales del Estado promover la efectividad de los derechos fundamentales. El art. 5 prevé la primacía de los derechos inherentes de las personas. De igual

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.2), y el Convenio 169 de la OIT (art. 2.1) establecen la obligación de los Estados partes, como Colombia, de adoptar las medidas necesarias para garantizar dichos derechos.

La presente controversia sometida a consideración de la Sala, debe resolverse de conformidad con el principio de mayor efectividad de los derechos fundamentales según el cual el intérprete debe garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y la función que para este asunto tiene el derecho al mérito y su relevancia en una sociedad democrática.

No se desconoce que existe una medida cautelar ordenada por el H. Consejo de Estado a la CNSC, consistente en la suspensión provisional de la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del Concurso de Méritos Abierto de varias entidades, entre ellas el MINCIT –Convocatoria 428 de 2016 - Acuerdos 20161000001296 de 29 de julio de 2016 y 20171000000086 de 1º de junio de 2017, pero de la providencia mediante la cual se dispuso la suspensión de las actuaciones administrativas por parte de la CNSC, se infiere que dicha decisión abarca únicamente las funciones propias de la Comisión y no la de las entidades que deben efectuar los nombramientos de aquellas personas que tienen una situación jurídica consolidada y no una mera expectativa para continuar el concurso por los cargos ofertados.

Aunado a lo anterior también se destaca que la jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en señalar que las personas que ocupan los primeros puestos dentro de una lista de elegibles que se encuentra en firme, son titulares de un derecho adquirido, subjetivo, particular, concreto y constitucionalmente protegido para ser nombrados en el cargo para el cual

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

concuraron, en caso contrario se estaría vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica que les asiste.

En el *sub lite*, la accionante participó en el concurso público de méritos abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Convocatoria No. 428 de 2016, y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la cual, se encuentra en firme **desde el día 17 de agosto de 2018** como se dijo anteriormente y se verifica con la revisión del Sistema BNLE de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de un concurso de méritos a ser nombrados en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, igualdad y trabajo, además de la trasgresión al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política²⁹.

Así entonces, la Sala en virtud de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y confianza legítima y en atención a las circunstancias particulares del caso concreto, considera la controversia sometida a su consideración, amerita una orden de **amparo definitivo**, consistente en que en el transcurso de los 10 días siguientes a la notificación de esta sentencia, el Ministerio del Trabajo **nombre en período de prueba**, a la actora, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004³⁰, en el cargo al que ella

²⁹ **ARTICULO 83.** *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

³⁰ **ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS.** *Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.*

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

concurrió y superó en franca lid, por cuanto el nombramiento ordenado corresponde a un **derecho subjetivo constitucionalmente protegido que deviene de la lista de elegibles que se encuentra en firme y en la cual la señora Carolina Mesa Saavedra ocupó el primer lugar.**

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia que negó el amparo a los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa, trabajo y debido proceso y únicamente amparó el derecho fundamental de petición, para en su lugar decretar el amparo de los derechos contenidos en el memorial de tutela por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., de fecha 10 de octubre de 2018, que dispuso amparar única y exclusivamente el derecho fundamental de petición de la accionante, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

TUTELAR de manera definitiva los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa, trabajo y debido proceso de la señora Carolina Mesa Saavedra, en consecuencia se ordena al Ministerio del Trabajo que en el transcurso de los 10 días siguientes a la notificación de esta sentencia, **nombre en periodo de prueba** a la actora, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, en el cargo al que ella concursó y superó, por cuanto el nombramiento ordenado corresponde a un **derecho subjetivo constitucionalmente protegido que deviene de la lista de elegibles que se encuentra en firme y en la cual la señora Carolina Mesa Saavedra**

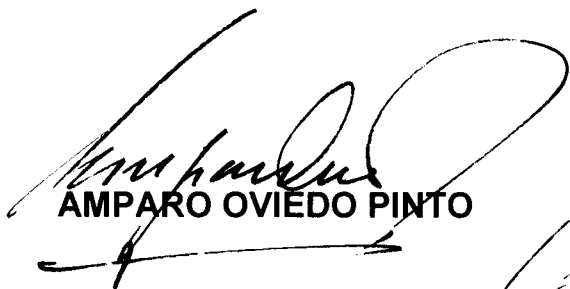
Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

ocupó el primer lugar, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

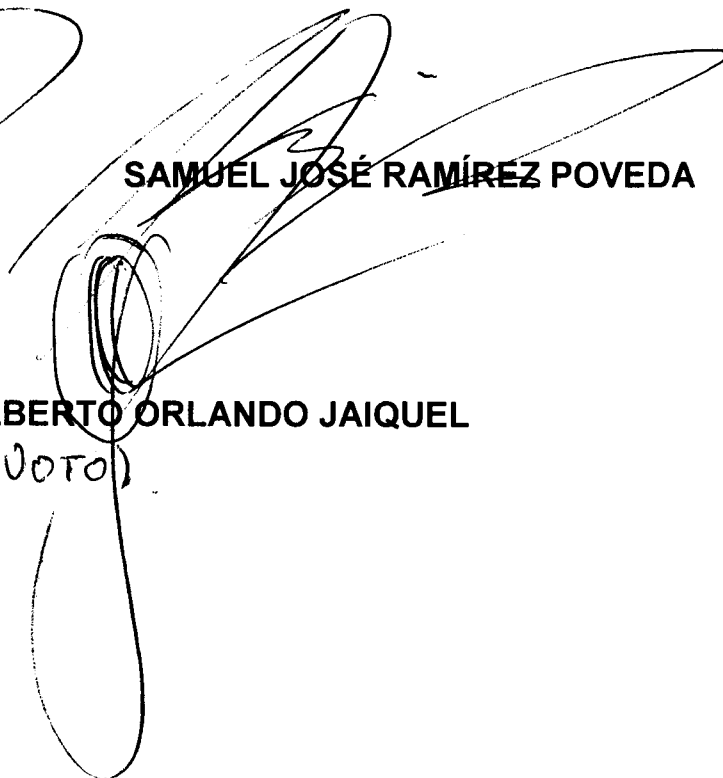
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes, por telegrama enviado a las direcciones registradas y, al señor **Defensor del Pueblo** conforme a los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado, en sesión de la fecha



AMPARO OVIEDO PINTO



SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA

CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL
(SALVO VOTO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN “C”

SALVAMENTO DE VOTO

EXPEDIENTE: No. 2018-00393-01.
ACTOR: CAROLINA MESA SAAVEDRA
DEMANDADO: COMISIÓN NACION DEL SERVICIO CIVIL –
MINISTERIO DEL TRABAJO
ACCIÓN: TUTELA.

Con el debido respeto, manifiesto que me aparto de la decisión adoptada por la Sala, en atención a que estimo que el fallo del a quo, es parcialmente correcto, ya que, en eventos como el sub lite, no se puede entrar al análisis de fondo del quebrantamiento de un derecho fundamental, si antes la entidad, no se ha pronunciado sobre la petición formulada por la actora. Es por ello, que el a quo, solo debió amparar derecho de petición sin entrar a pronunciarse sobre los demás derechos que el actor estimo vulnerados.

De esta forma dejo expresado mis consideraciones respecto a la decisión adoptada por la Sala.

CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL
Magistrado

Fecha up supra