

República de Colombia



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Garzón - Huila, catorce (14) de abril de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Procede el despacho a decidir sobre el recurso de alzada presentado por el accionante, señor JUAN MANUEL CUÉLLAR RAMÍREZ, contra el fallo de Tutela del veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020), proferido por el JUZGADO ÚNICO PROMISCOU MUNICIPAL DE GUADALUPE HUILA; mediante el cual se declaró la improcedencia del mecanismo constitucional.

ANTECEDENTES

Sostiene el actor que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guadalupe Huila, mediante la Resolución 025 del 17 de septiembre de 2019, convocó y reglamentó el concurso público de méritos para proveer el cargo de Personero Municipal de esa ciudad, estableciéndose las etapas, requisitos y reglas.

Aduce que luego de surtida la etapa de convocatoria, se expidió el acto administrativo número 028 de 2019 en la cual se publica la lista definitiva de admitidos, arrojando un total de 18 aspirantes.

El 19 de octubre de 2019 se realizó la prueba de conocimientos académicos y competencias laborales, obteniendo el actor un valor porcentual del 63% sobre el total del concurso, cuyos resultados fueron publicados de manera definitiva a través de la Resolución número 031 de 2019.

Afirma que por medio de la Resolución 032 de 2019 fue confirmada la lista definitiva de los resultados de las competencias laborales donde el accionante obtuvo un puntaje de 96.23, con un porcentaje sobre el total del concurso de 9,6%.

Señala que a través del acto administrativo 035 de 2019 se confirmaron los resultados de la prueba de valoración de antecedentes.

Dice que por intermedio de la Resolución 036 de 2019 se realizó la publicación del consolidado de los resultados de las pruebas desarrolladas del mencionado concurso, alcanzando el tutelante un puntaje consolidado de 75.82%, ocupando el primer lugar hasta esa etapa del proceso.

Indica que el tres de enero de la presente anualidad se realizó, según lo establecido, la prueba de entrevista, debiendo salir los resultados al siguiente siete de enero, según lo previsto en el artículo 58 del acto administrativo 025 del 17 de septiembre de 2019.

Llegado el día no fueron publicados los resultados de las entrevistas, y por el contrario, se expidió la Resolución número 002 de 2020 mediante la cual se modificó el cronograma injustificadamente, quedando la publicación de los resultados de la entrevista el nueve de enero hogaño, a las nueve de la mañana, así como el término de impugnación para ese mismo día de nueve de la mañana a dos de la tarde.

Manifiesta que llegado el nueve de enero, después de medio día fue expedida la

Resolución número 003 de 2020, suspendiendo la elección del Personero Municipal por presuntas irregularidades, hasta que la plenaria de la corporación se manifieste sobre ello, sin que a la fecha de presentación del mecanismo constitucional se hubiera reanudado el proceso.

Realiza una serie de apreciaciones aduciendo que el último acto administrativo es carente de motivación, pues no se identifican concretamente los errores en el trámite del proceso, además porque la parte considerativa es vaga e imprecisa.

Arguye que el pasado 23 de enero la accionada entregó respuesta a su derecho de petición, sosteniendo que dicha suspensión se realizó por supuestas irregularidades en el desarrollo del proceso, así como la falta de experiencia e idoneidad de FEDECAL y CREAMOS TALENTO, quien fue la que suscribió el Convenio con el Concejo Municipal.

Afirma que la corporación tutelada está incumpliendo con la elección del Personero Municipal como lo establece la Ley 1551 de 2012, con el cronograma establecido, vulnerándole así su derecho al acceso a los cargos públicos, entre otros.

Luego de varios extractos de doctrina jurisprudencial, pretende la parte actora que se le tutelen los derechos al debido proceso, al trabajo, al acceso a la función pública por méritos y a la confianza legítima, y en consecuencia, que se ordene a la entidad accionada surtir de manera inmediata las etapas restantes y final del concurso aludido, realizando la publicación de los resultados de la prueba de entrevista y para que posteriormente, se conforme la lista de elegibles y la elección del personero de esa localidad; asimismo que se deje sin efecto el acto administrativo número 003 de 2020.

TRÁMITE PROCESAL.

Mediante providencia del diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020) se admitió la presente acción de tutela, se ordenó la vinculación de la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE AUTORIDADES LOCALES – FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, así como a las personas naturales y jurídicas que puedan ver comprometidos sus derechos fundamentales; igualmente se decretó la notificación de la accionada y vinculados, a quienes se le corrió el respectivo traslado de dos días.

LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE GUADALUPE HUILA, dando contestación al instrumento de tutela, afirma que la plenaria de esa corporación a través de la proposición número 031 de 2019, autorizó a la Mesa Directiva para adelantar el concurso objeto de controversia, Mesa compuesta por el presidente y dos vicepresidentes; sin embargo, la Resolución número 025 de 2019 carece de la firma de la primera vicepresidenta, faltando al principio de legalidad.

Advierte que a pesar de haberse suscrito el Convenio número 001 de 2019 con las vinculadas para el acompañamiento y asesoría del mencionado concurso, pasaron a ser estas las que direccionaban todos los aspectos del concurso, extralimitando sus funciones; además sin acreditar ser instituciones de educación superior ni requisitos de idoneidad, y sin conocer el Concejo Municipal ningún aspecto al respecto, pese a que el presidente y segundo vicepresidente eran quienes suscribían los actos administrativos mediante los cuales se hacía pública la información del avance del concurso, excepto el resultado de la entrevista.

Informa que por ello, el pasado siete de enero se le solicitó a través de derecho de petición a FEDECAL, que informara qué entidad de educación superior había llevado a cabo el examen, solicitud que a la fecha no ha sido contestada.

Asimismo señala que mediante la Resolución número 040 de 2019 los aludidos dos

integrantes de la Mesa Directiva variaron las directrices para llevar a cabo la citada entrevista, por advertir algunas inconsistencias; asevera igualmente, que expedieron la Resolución 002 de 2020 puesto que el artículo 17 del Decreto 025 de 2019 lo permitía, y atendiendo todas las inconsistencias encontradas en el proceso del concurso se decidió la suspensión del mismo, sin revocar o desconocer los actos administrativos anteriores.

Por otra parte, aduce que la Procuraduría Provincial de Garzón Huila, interpuso acción de tutela en contra de la nueva Mesa Directiva con el fin que se corrigiera el trámite adelantado hasta esa fecha por considerar que se observaban irregularidades en la selección de la entidad encargada de elaborar y desarrollar el concurso.

Al final del escrito solicita que se declare la improcedencia del trámite de tutela por existir la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, destacando el carácter residual de la tutela.

Ninguno de los vinculados a pesar de haber sido notificados en debida forma, no ejercieron sus derechos de defensa y contradicción, guardando silencio dentro del presente mecanismo constitucional.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Único Promiscuo Municipal de Guadalupe Huila, a través de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020), luego del estudio de los hechos y del análisis sobre la situación planteada, decidió declarar la improcedencia de la acción por la falta del cumplimiento del requisito de subsidiariedad, al contar la parte actora con la jurisdicción administrativa, y no demostrar un perjuicio irremediable como lo prevé la doctrina constitucional.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión la parte accionante, presentó el recurso de alzada contra la providencia adoptada por el señor Juez de primera instancia, trayendo a colación la sentencia SU-913 de 2009, la cual trata sobre la procedibilidad de la acción de tutela; de igual forma, reitera sus argumentos expuestos en el libelo introductorio.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón Huila resulta competente para desatar la impugnación propuesta.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico principal sobre el cual debe este despacho pronunciarse, está orientado a determinar si la decisión adoptada por el señor Juez de primera instancia en declarar improcedente la tutela por existir otros mecanismos idóneos para controvertir las decisiones tomadas por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guadalupe Huila, cumple con los lineamientos actualizados por la jurisprudencia constitucional, o si por el contrario es procedente realizar un análisis de fondo al caso *sub examine*, con relación al proceso adelantado en el concurso de elección del Personero Municipal de esa localidad.

3. MARCO JURISPRUDENCIAL

Respecto a la procedibilidad de la acción de tutela la Honorable Corte Constitucional ha señalado en sentencia 264 de 2018 lo siguiente:

“(…)3. Procedencia de la acción de tutela

“24. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso, en ciertos casos, de los particulares. En los términos del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela procederá siempre que la persona no disponga de otro medio de defensa judicial para amparar su derecho, o cuando aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”

“(…) 3.3 Inmediatez:

“31. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse “en todo momento y lugar”. La jurisprudencia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela[9], lo cual sin embargo no puede entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento. Por ende, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente[10].

“32. Como lo ha señalado la Corte, no existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, razón por la cual le corresponde al juez de tutela evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, si el término fue razonable.

“33. La Contraloría profirió el acto de apertura el 7 de diciembre de 2015; el accionante se notificó personalmente del mismo el 8 de febrero de 2017 e interpuso incidente de nulidad el 28 de marzo de 2017, solicitud que le fue resuelta en primera instancia el 5 de mayo de 2017 y en segunda instancia el 28 de junio de 2017. La acción de tutela fue presentada el 1 de septiembre de 2017.

“34. Así las cosas, la Sala estima que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, pues desde el 28 de junio de 2017, fecha en la que le fue negada en segunda instancia su solicitud de nulidad contra el auto de apertura, siendo esta la última respuesta que obtuvo el tutelante en sede administrativa, transcurrieron dos meses y diez días hasta que presentó la acción de tutela.

“3.4 Subsidiariedad:

“35. La Constitución Política dispone que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció que “[l]a existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” En ese sentido, no se trata de un análisis de existencia formal sino material en virtud del cual se debe determinar si, en las circunstancias del caso concreto, el mecanismo existente resulta idóneo, es decir, que es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, esto es, que está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados[11]. En consecuencia, en el presente caso se debe analizar la existencia, idoneidad y eficacia de otros mecanismos para la defensa judicial del accionante.

“36. Al respecto se debe tener en cuenta que los actos administrativos de carácter particular y concreto[12] pueden ser controvertidos con otros mecanismos, tanto administrativos como judiciales, para conseguir la protección de los derechos fundamentales, principalmente al debido proceso[13]. Tal es el caso también de los actos administrativos proferidos en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, puesto que, como lo ha señalado esta Corte, “la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se constituye en un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por un órgano de control, más aún cuando en esa instancia se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda. Al respecto esta Corporación, en varias oportunidades, ha precisado que la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado.”[14]

“37. Así, la vía gubernativa o la vía judicial ordinaria constituyen medios idóneos para la defensa de los derechos fundamentales con ocasión de procedimientos administrativos[15], no así la acción de tutela[16]. En consecuencia, la Corte ha considerado que, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[17], la acción de tutela resulta improcedente contra este tipo de actos.

“38. Lo mismo ocurre con los actos administrativos de trámite. En efecto, comoquiera que ellos “se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal”[18], tampoco son controvertibles por la vía de la acción de tutela.

“39. Con ello se pretende evitar “(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien

tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).”[19]

“40. De manera que esta Corporación ha señalado que, solo de manera excepcional, podrá ser procedente la acción de tutela contra los actos administrativos de trámite. Para ello, sin embargo, no basta que se alegue cualquier irregularidad dentro del proceso, “pues para que ello opere la misma debe ser de tal magnitud que comprometa de forma sustancial un derecho fundamental y trascienda negativamente en el enfoque de la decisión final”[20].

“41. Corresponderá entonces al juez de tutela “examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración.”[21] (...)”

De igual forma, la Honorable Corte Constitucional ha señalado en sentencia T-059 de 2019, lo siguiente en torno a la procedencia excepcional:

“Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos

5. En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso¹ y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.
6. Precisamente, la postura anterior se consolidó en la Corte Constitucional desde las primeras oportunidades que tuvo para pronunciarse sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos de concursos de méritos. En efecto, en su jurisprudencia, esta corporación se ha centrado en identificar la eficacia en concreto de los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico frente a este tipo de situaciones y, en ese sentido, en la sentencia T-388 de 1998² sostuvo que en atención al término prolongado que tardaban en ser resueltas las pretensiones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el restablecimiento del derecho no garantizaba el acceso al cargo para el cual se concursó, sino que se logra únicamente una compensación económica por los daños que se causaron al afectado.
7. De manera posterior, en la sentencia T-095 de 2002³ la Sala Octava de Revisión concluyó que, cuando se somete a un trámite prolongado de restablecimiento de derechos a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, se genera una violación de derechos fundamentales que se extiende en el tiempo, por lo que no parece evidente que el medio de defensa ordinario sea el adecuado para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos vulnerados.
8. En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró que “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso – administrativo-, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”⁴
9. Pese a lo anterior, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011⁵ y, con ésta, de la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de la duración de los procesos, el análisis de procedencia varió en estos casos, como quiera que se hizo necesario revisar la eficacia de los mecanismos de defensa allí dispuestos de cara a estas nuevas herramientas que, al igual que la acción de tutela, también permiten suspender los actos que causan la vulneración de los derechos

¹ Ver sentencia T-100/94, reiterada en la reciente sentencia T-551/17.

² Reiterada en la sentencia T-610/17.

³ En esa sentencia, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que una persona de la Armada Nacional que se había presentado a un concurso de méritos y que había ocupado el primer lugar no fue nombrado por parte de la entidad.

⁴ En la sentencia SU-913/09, La Corte Constitucional citó a su vez las providencias SU-133/98 y SU-086/99.

⁵ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

fundamentales. En ese sentido, esta Corte ha sostenido que con la nueva norma el legislador quiso imprimir una perspectiva constitucional a los procesos adelantados ante la citada jurisdicción, instando a los jueces para que, en sus decisiones, opten por una visión más garantista del derecho⁶.

10. Respecto de las condiciones para solicitar medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Corte se pronunció en la sentencia C-284 de 2014⁷ en la que concluyó que existen diferencias entre éstas y la protección inmediata que acarrea la naturaleza de una acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo que, los 10 días establecidos para la resolución del amparo constitucional.
11. De acuerdo con los artículos 233⁸ y 236⁹ de la Ley 1437 de 2011, el demandante puede solicitar que se decrete la medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido lo anterior, el juez deberá decidir sobre el decreto de las mismas en 10 días y contra esa decisión proceden los recursos de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser decididos en un tiempo máximo de 20 días.
12. Por lo anterior, en la citada sentencia C-284 de 2014 esta Corte manifestó que la Constitución les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.
13. En igual sentido, mediante la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, particularmente sobre la eficacia en abstracto de la medida cautelar denominada suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Al respecto, concluyó que, pese a que al momento de estudiar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela es imperativo analizar la existencia de estas nuevas herramientas introducidas al ordenamiento por el legislador, lo cierto es que existen diferencias importantes con la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991.
14. En efecto, la naturaleza de las medidas cautelares implica que, de por medio, debe existir el ejercicio de una de las acciones previstas para iniciar un juicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en ese orden de ideas, (i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar¹⁰ y, (iii) la suspensión de los actos que causen

⁶ Ver sentencia T-610/17.

⁷ Sentencia en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 229 parcial de la Ley 1437 de 2011.

⁸ “**Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

⁹ “**Artículo 236. Recursos.** El auto que decrete 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”.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y

la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.

15. *Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.*
16. *Sumado a lo anterior, es importante resaltar que un requisito de acceso a las acciones previstas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el agotamiento de la etapa previa de conciliación extrajudicial, cuando el objeto de la pretensión pueda ser objeto de este medio alternativo de resolución de conflictos, situación que interrumpe el término de caducidad de la acción hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley; hasta que se expidan las constancias de no conciliación o hasta que se venza el término de 3 meses, lo que ocurra primero¹¹.*
17. *Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*
18. *Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley¹². En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico¹³.*
19. *Por último es importante anotar que, tratándose de acciones de tutela en contra de actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos, adelantados con la finalidad de designar gerentes en las Empresas sociales del Estado, la Corte ha considerado que la acción de tutela debe ser estudiada de fondo, en la medida en que se trata de la definición de la situación jurídica de una persona que, tiene la finalidad de dirigir una institución cuya finalidad es la prestar el servicio público de salud, además de tratarse de un cargo está sometido a un periodo fijo¹⁴.*
20. *Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.”*

4. EL CASO CONCRETO:

En el asunto objeto de cuestionamiento, de acuerdo con las posturas argumentativas de las partes y a la decisión de instancia, no son objeto de discusión los presupuestos de relevancia constitucional ni de inmediatez, sino el relativo a la subsidiariedad, en tanto que el fallo de primer nivel declaró la improcedencia del mecanismo por contar

protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

¹¹ Ver artículos 20 y 21 de la Ley 640/01.

¹² Ver, entre otras, las sentencias T-509/11, T-604/13, T-604/13, T-748/13, SU-553/15, T-551/17 y T-610/17.

¹³ Ver sentencia T-610/17.

¹⁴ Ver sentencias T-556/10, T-169/11, T-509/11, T-547/11, T-235/12, T-604/13, T-784/13 y, recientemente, T-610/17.

el accionante con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De acuerdo con la situación fáctica expuesta en los antecedentes de esta providencia, y bajo el contexto expuesto por la agente judicial de primera instancia, es necesario comprobar si se cumple con el principios de subsidiariedad propio del instrumento de tutela, o que se cuenta con un medio de defensa jurídico lo suficientemente eficiente, idóneo y eficaz para el amparo de los derechos fundamentales señalados por la parte accionante, o en su defecto que se está frente a un estado de debilidad manifiesta o perjuicio irremediable.

Anexo a lo anterior, en cuanto al punto de la subsidiariedad, se requiere que se hayan agotado los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial o administrativos en el proceso que origina la decisión cuestionada o que no se disponga de otro instrumento judicial o administrativo idóneo para el efecto, y al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, no procede el mecanismo constitucional cuando existan otros medios idóneos de defensa, salvo que se esgrima como elemento transitorio para evitar un daño irreparable. Atendiendo lo anterior, se evidencia que la acción de tutela cuenta con una naturaleza residual y subsidiaria, teniendo como finalidad que esta no se convierta en un medio supletorio al cual se concurra cuando se no se han interpuesto los medios ordinarios de defensa o se han ejercido, pero de manera extemporánea.

De acuerdo con el antecedente jurisprudencial, en tratándose de concursos de mérito, debe estimarse para el caso en concreto la idoneidad del mecanismo ordinario contencioso administrativo, para lo cual sin consideraciones adicionales, estima esta segunda instancia se cumple preliminarmente con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el de periodo de la personería municipal es de periodo fijo, institucional, ya iniciado, no proveído; de trascendental importancia para la comunidad, pues implica funciones del generales del Ministerio Público y específicamente del Defensor del Pueblo y veedor ciudadano; cuya designación de titularidad debe enmarcarse en proceso que se sustente en el mérito, que por contera define la situación jurídica de una persona que aspira con el cumplimiento de los requisitos legales, en el marco de caros derechos al trabajo y al acceso a la función pública.

Establecido lo anterior, debe entonces abordar el Despacho el asunto desde la perspectiva de si la decisión de suspensión del concurso, viola los derechos fundamentales invocados por el accionante.

El numeral octavo del artículo 313 de la C.P., señala que les corresponde a los concejos municipales, elegir a los personeros para periodos institucionales de cuatro años, dentro de los diez primeros días de enero del año de inicio de su periodo constitucional, previo concurso de méritos; quienes iniciarán a su vez su periodo, el primero de marzo siguiente y lo concluirán el último día de febrero del cuarto año (Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1551 de 2012). Para el desarrollo de tal concurso, mediante el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, se fijaron las etapas y competencias, resaltando que el procedimiento administrativo estará orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección; a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal; que por supuesto, deben estar acreditadas para ello, y cuya escogencia sin perjuicio del margen de acción política propia del cuerpo colegiado, debe ser ponderada de acuerdo a las propuestas y garantizar también los principios de la función pública, en especial los de objetividad y transparencia.

En el contexto precedente, por supuesto que puede la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guadalupe, con el propósito que le asiste, tomar decisiones tendientes a

garantizar la legalidad del proceso adelantado para el concurso de méritos; pero dicha manifestación como acto administrativo que es, cuando implica una modificación procedimental o sustancial de fondo, debe estar debidamente motivado.

El acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa tendiente a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma -como lo ha señalado la doctrina administrativa- por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que afectan su legalidad.

En relación con la motivación, ha indicado el Honorable Consejo de Estado, que consiste en un deber que consiste en que las autoridades públicas, sustenten de manera suficiente -apta o idónea- las razones por las cuales adoptan una determinada decisión jurídica; porque la motivación es la *“exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, sin la cual las decisiones se tornan arbitrarias”*; deber de motivación que tiene una relación intrínseca con los principios: democrático, de publicidad y del debido proceso. (CE Sección Tercera, Sentencia 76001233100020010346001 (35273). Nov. 27/17).

Para el caso en concreto, la decisión tomada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guadalupe, no cumple con las previsiones legales, pues si bien eventualmente está facultado para ello, el acto administrativo contenido en la Resolución 03 del nueve de enero de 2020 que suspende el concurso público, no tiene una motivación interna suficiente, pues lacónicamente se limitó a señalar en lo total, que en desarrollo de una revisión, *“se ha advertido la existencia de una serie de circunstancias que exigen su previa verificación y revisión en cuanto a su ajustamiento a derecho, para evitar que se comprometa la legalidad del trámite, por evidenciarse de su contenido la posible incursión en supuestos que podrían dar lugar a irregularidades”*; sin efectuar ninguna precisión acerca de las actividades, actuaciones o procedimientos constitutivos de irregularidad.

Se dice que la motivación suficiente debe ser interna, pues debe estar contenida en el acto administrativo, ya que la motivación o fundamentación de la manifestación administrativa no se sufre, ni es ante el juez de tutela que se justifica. Debe precisarse en sede administrativa, de manera clara y precisa, razonada y fundamentada, la motivación de su conclusión. Ello le permite, para el caso en particular, no solo al accionante, sino también a los participantes, al propio concejo y a la comunidad en general, saber el contexto y los alcances de la decisión, y por contera, precisa el contorno para una eventual contradicción de esta.

Al tiempo, una decisión de tal envergadura a nivel territorial, amén de no poderse dejar a criterios meramente subjetivos, no puede extenderse indefinidamente en el tiempo; pues siendo la elección del personero municipal una actividad reglada, como ya se señaló, deben procurar la entidad pública que las decisiones se den en un término prudencial y razonable; comportando ello también una garantía al debido proceso.

Corolario de lo expuesto, este Despacho en sede de segunda instancia, estima que no resulta necesario auscultar en más razonamientos para concluir que hay violación al Derecho Fundamental al debido proceso invocado por el autor; razón por la cual se revocará la decisión de primera instancia y se emitirán las órdenes pertinentes.

Con base en las anteriores consideraciones, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón- Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la

Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de Tutela del veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020), proferido por el JUZGADO ÚNICO PROMISCO MUUNICIPAL DE GUADALUPE HUILA, conforme se dejó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: TUTELAR al accionante señor JUAN MANUEL CUÉLLAR RAMÍREZ, el Derecho Fundamental al debido proceso, vulnerado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guadalupe Huila.

TERCERO: ORDENAR a la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guadalupe Huila, en garantía del derecho fundamental tutelado, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia y una vez se reanuden los términos suspendidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la emergencia por COVID-19, a menos que se esté sesionando o reuniendo virtualmente, mediante acto administrativo complementario, fije el alcance de la decisión contenida en la Resolución 03 del nueve de enero de 2020 que suspendió el concurso público para proveer el cargo de personero municipal; señalando de manera clara y precisa, razonada y fundamentada, la motivación de su conclusión. En todo caso, dentro de los tres días siguientes al proferimiento del acto anterior, deberá definir con igual suficiencia, la continuidad o no del concurso de méritos adelantado y tomar las decisiones pertinentes.

CUARTO: ORDENAR la notificación de esta decisión a las partes en la forma indicada en el artículo 30 de Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: DISPONER que en firme esta providencia, se envíe la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE



JAIRO ALFONSO CALDERÓN PAJOY

Juez