



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 9
Magistrado Ponente: Clara Elisa Cifuentes Cortés

Tunja, 127 NOV 2015

Accionante: **Luis David Quintana Martínez**

Accionado: Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Administrativa y otro

Expediente: 15001-2333-000-2015-00781-00

Acción: **Tutela**

Se decide en primera instancia la acción de tutela interpuesta por Luis David Quintana Martínez contra el Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Administrativa y la Dirección Ejecutiva Seccional Tunja, para lograr la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral, seguridad social y al mínimo vital.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda. (fls. 56 y s.s.)

El accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral, seguridad social y al mínimo vital.

Dijo que se desempeña en el cargo de **coordinador del Área Financiera** grado 12, cargo que fue ofertado como vacante mediante Resolución No. CSJBR15-175 “Por medio de la cual se publican formatos de opción de sede para las sedes y cargos vacantes correspondientes a la convocatoria Seccional, realizada mediante Acuerdo CSJBA09-168 de 2009”.

Que mediante **Acuerdo CSJBA09-168 de 9 de septiembre de 2009**, el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá convocó a concurso de méritos destinado a la conformación de Registro Seccional de Elegibles para proveer los cargos de empleados de carrera de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo de la Judicatura de Boyacá y Casanare y Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja y sus oficinas adscritas. Convocatoria que, según el actor, señaló cargos, grados y requisitos, pero no hizo alusión a las funciones de cada uno de ellos, requisito indispensable

conforme a lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, tal como lo ha considerado por el Consejo de Estado, en especial en el auto de 1º de septiembre de 2015, con Ponencia de la Consejera Dra. Stella Conto Díaz del Castillo dentro del proceso 2002-00242-01.

Que el listado de Elegibles dentro del marco del referido concurso fue publicado el 4 de septiembre por medio de Resolución CSJBR15-163, conformándose así el Registro de Elegibles; que el 1º de octubre de 2015 el Consejo Seccional de Boyacá publicó los formatos de opción de sede de los cargos convocados a concurso mediante Acuerdo CSJBA09-168 de 2009.

Informó que el 08 de octubre de 2015, fue propuesta demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual se solicitó como medida cautelar la suspensión provisional del Acuerdo CSJBA09-168 de 2009, la cual fue remitida al Consejo de Estado por competencia.

De otra parte, manifestó que el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sala Especial 7, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo al resolver el recurso de súplica dentro del proceso radicado 2002-00242-01 declaró la nulidad del Acuerdo 345 de 1998, que convocó a concurso de méritos, precisamente, por no haber señalado las funciones de los cargos a proveer.

Por último dijo que "(...) es importante señalar que en este caso específico se viola el derecho al trabajo toda vez que la dependencia económica con los compromisos bancarios depende de únicamente mí." (fl.58).

El gestor del amparo argumentó que la acción de tutela en este caso resulta procedente en la medida que los mecanismos previstos para controvertir las decisiones que vulneran sus derechos no son suficientemente idóneos y eficaces para conjurar la configuración de un perjuicio irremediable, al respecto manifestó que "No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestionamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar un perjuicio inminente e irremediable, los mecanismos judiciales alternativos (posiblemente la acción de simple nulidad) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados." (fl.60).

164

Por lo anterior solicitó que mientras la jurisdicción contenciosa administrativa resuelve el medio de control de la simple nulidad se suspendan los nombramientos, toda vez que existe un perjuicio irremediable que vulnera sus derechos fundamentales.

En cuanto a la violación del derecho al trabajo sostuvo que se vulneran normas constitucionales y pactos, convenios y normas internacionales que propenden por el trabajo digno, en condiciones equitativas y satisfactorias.

Que se vulneró el debido proceso en tanto, tal como lo señala la Carta Política no habrá en Colombia empleo sin funciones previstas en la ley o el reglamento, razón por la cual el Consejo de Estado anuló el Acuerdo 345 de 1998 por el cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura convocó a concurso de méritos, sentencia que por su ratio decidendi es un precedente que debe acatarse.

Sobre la estabilidad laboral aseveró que constituye una garantía que debe ser brindada por el empleador, quien debe velar porque no existan variaciones inesperadas en el empleo y mucho menos sorprender al empleado con la desvinculación o el despido. En cuanto a la seguridad social precisó que, conforme a las normas y la jurisprudencia, es un derecho fundamental que garantiza la dignidad humana y hace parte del bloque de constitucionalidad como aquella protección que debe brindar el Estado para la realización de las condiciones de vida de los asociados.

Frente al mínimo vital señaló que es aquella porción de los ingresos del trabajador o pensionado destinada a la financiación de sus necesidades básicas, como la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud.

Posteriormente señaló que "(...) existe un perjuicio irremediable que hace procedente la acción de tutela cuando, a pesar de que existe un procedimiento y una acción judicial que puede ser efectiva para solucionar el problema jurídico, esta acción, por las condiciones excepcionales del caso, se torna en inoperante e ineficiente para atender el derecho, y que en este caso de no concederse la tutela dado el perjuicio irremediable que se identifica, se puede generar una vulneración de otros derechos, como es el caso de personas que tienen una relación de dependencia con el afectado, tal como es el caso de menores de edad, o personas con algún otro tipo de limitación sicalógica, económica o física." (fl. 67).

1.2. Trámite.

La tutela fue admitida en auto de 11 de noviembre de 2015 (fls. 93 y s.s.) luego de ser remitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja; en el auto admisorio se ordenó notificar a las accionadas, así mismo que por intermedio del Consejo Seccional de la Judicatura se publicara esa providencia en la página web del concurso y se hiciera la notificación por correo de los integrantes de lista de elegibles en el marco del concurso convocado por Acuerdo CSJBA09-168 de 09 de septiembre de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Consejo Seccional de la Judicatura Boyacá y Casanare (fls. 104 y s.s.)

La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, contestó la acción constitucional y, luego de hacer referencia a las antecedentes del concurso, expuso como razones de defensa las siguientes:

- Se ha presentado una acción ordinaria en la cual se propone la nulidad de los actos administrativos emanados en el marco del concurso de méritos convocado por el Acuerdo CSJBA09-168 de 9 de septiembre de 2009.
- La acción de tutela propuesta es improcedente por cuanto, tratándose de concurso de méritos, la acción ordinaria resulta ser la adecuada para garantizar el debate probatorio y jurídico, salvo que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable situación que no acontece en este caso. Concluyó que se está desnaturalizando la acción de tutela.
- El actor presentó pruebas de conocimiento dentro del concurso que ataca sin superar el puntaje requerido para continuar en el proceso de selección.

Por lo anterior solicitó declarar la improcedencia del amparo constitucional, y por ende que se nieguen las pretensiones de la demanda.

165

2.2. Dirección Ejecutiva Seccional de Administración de Justicia (fls. 126 y s.s.)

El apoderado señaló que la acción de tutela no cumple con las condiciones de procedibilidad previstas en el artículo 86 inciso 2º de la Carta Política.

Al referirse a los hechos expuestos en la demanda de tutela señaló que el accionante se desempeña como Profesional Universitario Grado 12 con funciones de coordinador del área financiera, en provisionalidad; en relación con la omisión respecto de las funciones de los cargos dentro de la convocatoria del concurso, dijo que no le corresponde manifestación al respecto.

Concluyó que “(...) no se evidencian elementos de juicio para que se interponga Acción de Tutela, contra la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, cuando nos encontramos en medio de un concurso público, mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto subjetivo, como ha sido la costumbre en la Rama Judicial del Poder Público.” (fl. 128).

III. CONSIDERACIONES.

3.1. Delimitación del tema a resolver.

Se trata de establecer si fueron vulnerados al actor los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral, seguridad social y al mínimo vital, por las irregularidades en que, anota, incurrió el concurso convocado mediante el Acuerdo CSJBA09-168 de septiembre de 2009.

3.2. Naturaleza de la acción de tutela.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo

momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

3.3. De la procedencia de la acción de tutela.

Examinada la demanda de tutela, se advierte que mediante este mecanismo pretende la accionante que se suspendan los nombramientos de la lista de elegibles que fuera conformada como consecuencia del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo No. CSJBA09 del 9 de septiembre de 2009 por el cual se convocó a concurso para la conformación del registro de elegibles de cargos de empleados de carrera de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja y sus oficinas adscritas. Lo anterior por considerar que el mencionado acto administrativo omitió señalar las funciones correspondientes a cada cargo ofertado.

3.3.1. Acción contra acto general:

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo. En este caso, basta examinar la mencionada resolución para concluir que ella se dirige a convocar de forma pública a todas las personas que se encontraban interesadas en participar en la selección de personal para proveer empleos.

*El acto general se dirige siempre a un grupo **indeterminado** de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman. Sin duda Acuerdo No. CSJBA09 del 9 de septiembre de 2009 expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare (fls. 18 a 41) es un acto de carácter general.*

El numeral 5 del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 previó:

*“La acción de tutela no procederá:
(...)”*

166

5º) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”

Entonces, la acción es improcedente por esta causa, en tanto la amenaza o vulneración de los derechos que invoca la accionante derivan de un acto general que, a su juicio, debió señalar las funciones para cada cargo convocado a concurso.

Sobre la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general impersonal y abstracto la Corte Constitucional en Sentencia T-041 de 2013, señaló:

“2.4.2. Ahora bien, frente a la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse amenazados o vulnerados por actos emitidos por la administración, la Corte ha considerado que por regla general la acción de tutela no es el mecanismo efectivo sino que la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, ha sido considerada procedente de manera excepcional cuando se den las siguientes condiciones: (i) que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991¹; y (ii) que el demandante logre probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional².

2.4.3. Sobre la primera condición, - que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, la Corte se ha manifestado en repetidas ocasiones: “Cuando el desconocimiento, la vulneración o el recorte de los derechos fundamentales se origina en actos jurídicos de carácter general producidos por instancias subordinadas a la Constitución (y todos los poderes constituidos lo son), su efecto general pernicioso puede ser contrarrestado mediante mecanismos especialmente dispuestos para ello, V.gr.: la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, o las acciones de nulidad (y de restablecimiento del derecho) contra los actos administrativos. Mediante tales instrumentos se provoca la actuación de un organismo público competente para que, también por vía de disposición general, restablezca el imperio de la juridicidad.”³ (Subraya y negrilla fuera del texto)⁴.

La demanda no invoca causa distinta a la omisión de la accionada en el señalamiento de funciones de cada uno de los cargos ofertados, sin que pueda ser estudiada otra como fuente de vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

¹ Artículo 6º. causales de improcedencia de la tutela.

(...)

⁵ Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

² Sentencia SU-713 de 2006.

³ Sentencia No. T-321 de 1993.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

3.3.2. Existencia de otra vía judicial.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en su numeral 1 prevé la improcedencia de la acción de tutela cuando:

“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.” Resaltado fuera de texto.

En el caso bajo estudio se observa que la pretensión de la accionante puede ser demandada ante esta jurisdicción por vías judiciales ordinarias, como al efecto, señala el accionante ha procedido el 8 de octubre de 2015 acudiendo para ello al medio de control de nulidad simple (art. 137 C.P.A.C.A⁵) denunciando violación normativa al no precisar las funciones de los empleos.

Como se dijo, cabe contra el acto administrativo su demanda en nulidad, pero además, no se pierde de vista, que la nueva regulación del proceso contencioso administrativo prevé la existencia de medidas cautelares incluso de urgencia a la luz del artículo 234 del CPACA, particularmente, en relación con la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa o la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, tal como lo prevé el numeral 3° del artículo 230 del mismo ordenamiento.

La Sala Plena del Consejo de Estado al referirse a las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011, considero su plena eficacia para evitar posibles perjuicios irremediables que pudieran derivarse de actos administrativos. Discurrió así en la sentencia de 5 de marzo de 2014 dentro del Radicado número: 25000-23-42-000-2013-06871-01, con ponencia del

⁵ T-645 de 2006: “...Ahora bien, a efectos de cuestionar judicialmente actos generales, impersonales y abstractos como los involucrados en la presente acción de tutela, el ordenamiento jurídico prevé otro tipo de acciones y, de manera específica, la de nulidad establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en contra de actos administrativos. Siendo así, los actores bien pueden emplear este mecanismo a fin de plantear su controversia ante la respectiva jurisdicción y de dar lugar a un proceso en el cual se surta, con todas las formalidades, el debate de un asunto cuyas complejas connotaciones escapan al procedimiento propio de la acción de tutela, caracterizado por su informalidad. Se configura, entonces, una causal más de improcedencia de la tutela, pues el mecanismo contemplado en el artículo 86 de la Constitución es de índole subsidiaria y residual, “por lo que no se trata de un mecanismo alternativo, ni supletivo o sustitutivo de los medios judiciales ordinarios o especiales establecidos en el ordenamiento jurídico”. Según el artículo 6°, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991, “la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales”, como para el caso sería la mencionada acción de nulidad, enerva la procedencia de la acción de tutela, dado que existe la posibilidad de procurar la protección pedida en su sede natural y en ejercicio de la acción pertinente...”.

Consejero Doctor Alfonso Vargas Rincón, providencia que cabe citar en extenso dada la importancia y novedad que trasluce a casos como el presente:

“...Eficacia del otro medio de defensa

(...)

El Decreto 2591 de 1992, al enunciar las causales de improcedencia de la acción de tutela, en primer término señala la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, y advierte que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (artículo 6°, numeral 1°).

Atendiendo el mandato legal antes citado, se tiene que la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempló medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la administración de justicia, y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos.

A ellas se refiere la ley en mención, en el título V DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – CAPÍTULO XI – “Medidas cautelares”, cuyos antecedentes y motivaciones en el trámite surtido ante el Congreso, resulta pertinente destacar:

(...)

Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del art. 231, que introdujo el concepto de “perjuicio irremediable”, también contemplado para la acción de tutela como mecanismo transitorio. Tratándose de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos se debe poner de relieve que el legislador dotó a la justicia administrativa de mecanismos de protección convencionales, mejor adecuados para garantizar los derechos de todo orden.

Desde este punto de vista, la decisión de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual impuso la sanción disciplinaria al actor, no solo es susceptible de control a través del proceso de nulidad en los términos del numeral 1° del inciso cuarto del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o de nulidad y restablecimiento del derecho según las reglas del artículo 138 ibídem, e igualmente puede impetrar la medida cautelar, si llegara a cumplir con los presupuestos de ley.

En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un “perjuicio irremediable”; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

En el informe de ponencia para segundo debate –Cámara-, en la Gaceta No. 951 del 23 de noviembre de 2010, se explicó mejor la

filosofía que se viene comentando, lo que confirma la lectura que proponemos, es decir, que con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales.

(...)

Inclusive y ante el hipotético argumento sobre la ineficacia de la medida, dada la exigencia de que se agote el requisito de procedibilidad referido a la conciliación previa a la admisión de la demanda, es evidente que el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar **previamente** al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas cautelares de urgencia: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar”.

Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos.

(...)

En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previa cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos...”

Tratándose de un pronunciamiento proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, debe atenderse, además, su condición de precedente que por los elementos fácticos del caso resulta plenamente aplicable.

Ahora, sobre el particular en Sentencia T- 951 de 2008, Magistrado Ponente Doctor Jaime Araujo Rentería, la Corte Constitucional precisó lo siguiente: “En efecto, en virtud de las disposiciones indicadas, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se funda en el principio de subsidiariedad. Es decir, por regla general, la acción de tutela sólo procede cuando el accionante haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judiciales previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados...”. Resaltado fuera de texto.

Y en la sentencia T-753 de 2006, el Alto Tribunal sostuvo:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela,⁶ se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”⁷ Conforme a lo anterior, esta Corte ha expresado reiteradamente que la acción de tutela no puede ser empleada como un medio de defensa judicial que remplace o sustituya los mecanismos ordinarios y extraordinarios dispuestos en la ley. Así mismo, ha dicho que la acción de tutela no puede ser entendida como un mecanismo judicial que tenga la facultad de revivir oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que es inadmisibles sostener que aquella puede ser ejercida como el último recurso para obtener protección judicial frente a la presunta vulneración o amenaza de un derecho” (Subrayado fuera de texto).

Ahora, aún ante la existencia de un medio de defensa, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Ahora bien, el examen de subsidiariedad ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en innumerables ocasiones. Si bien la Corte ha aceptado la excepcionalidad de la acción de tutela por la ausencia de mecanismos judiciales, la mera existencia de este no la torna improcedente. En otros términos, aunque la regla general se mantiene, no basta con que esa herramienta exista; debe ser eficaz e

⁶ Sobre la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la Corte en sentencia T-1222 de 2001 afirmó: “(...) el desconocimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.”

⁷ Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

idónea⁸. En caso de no serlo, la acción de tutela es la vía más apropiada para defender las garantías constitucionales.

(...)

En este orden de ideas, es labor del juez constatar que el medio "sea idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho"⁹. Dicho de otra manera, eficacia significa que el recurso surta los efectos esperados oportunamente, e idoneidad sugiere que ese mecanismo en particular cumpla con los objetivos trazados por el titular del derecho. Que sea ese mecanismo y no otro el que sirva para proteger el derecho. Así, no es eficaz un recurso que por las condiciones particulares del caso, ofrezca la protección cuando ya el daño se ha consumado o el derecho se ha violado. Igualmente, no es idónea aquella herramienta que no tiene la virtualidad de perseguir ese fin en concreto que evitará la presunta violación de los derechos fundamentales del actor.

(...)

Cuando el juez entienda que (i) no existe mecanismo judicial en el ordenamiento o (ii) el recurso es ineficaz y/o inidóneo, el amparo y la protección se tornará definitiva. Por el contrario, cuando encuentre probada la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela será transitoria para evitar tales daños. En esos casos, el juez adoptará las medidas necesarias para que, transitoriamente, no se causen los daños que posiblemente se pueden generar¹⁰.

Conforme a las reglas jurisprudenciales señaladas en este precedente, el Juez Constitucional para respetar el principio de subsidiariedad de la tutela, debe en primer lugar, verificar la existencia o no de un medio de defensa judicial por medio del cual se puede lograr la protección del marco *ius fundamental* que regula el caso concreto; luego, en caso de que exista debe cumplir con los requisitos de eficacia e idoneidad, entendidos como la verdadera posibilidad material de lograr la protección que se reclama, y finalmente, en caso de que se invoque o se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable, la protección debe brindarse por este medio excepcional, como medida transitoria con el fin de evitar un daño o poner en riesgo el núcleo esencial de los derechos fundamentales en pugna.

Ahora sobre la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos emitidos en desarrollo de un concurso público, en sentencia T-090 de 2013, se señaló:

⁸ Entre otras decisiones, Sentencia T-662 de 2013, Sentencia T-581 de 2011, Sentencia T-211 de 2009, Sentencia T-580 de 2006, Sentencia T-972 de 2005, Sentencia SU-961 de 1999.

⁹ Sentencia T-211 de 2009, reiterada por la T-116 de 2013

¹⁰ Sentencia T-581 de 2011.

169

“3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto¹¹. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹², el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable¹³; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la

¹¹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

¹² Esta subregla de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política.

¹³ 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. “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”.

que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar¹⁴. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se 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"¹⁵. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

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

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

De conformidad con lo expuesto, examinará la Sala si los requisitos señalados anteriormente se encuentran configurados o no en el presente caso.

¹⁴ Sentencias T-175 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-606 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-169 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa).

¹⁵ Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

170

3.4. Del caso en concreto.

Lo primero es señalar que el acto administrativo proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, es de carácter general, podía ser demandado ante la jurisdicción contenciosa en ejercicio del medio de control de nulidad, como en efecto lo fue, y con solicitud de medida cautelar, incluso de urgencia, lo cual impondría la improcedencia de la acción.

Ahora, bajo los parámetros de procedencia señalados por la Corte Constitucional, se evidencia que se dirige contra decisiones de la administración contenidas en un acto administrativo, en el marco de un concurso público, en esa medida hay que observar si se cumple con las subreglas establecidas para la procedencia de la tutela en estos casos, a saber: (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es 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.

Frente a la primera subregla, habrá de decirse que el accionante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable, pues si bien es cierto manifestó que tenía a su cargo obligaciones crediticias ello por sí sólo no constituye una circunstancia que, a juicio de esta Sala, se evidencie como irremediable en tanto, la terminación del vínculo laboral no implica que el accionante no puede realizar otras actividades de trabajo que le permitan cumplir sus créditos sobre los cuales, sea dicho, tampoco se trajo al plenario prueba alguna, como tampoco sobre su situación socio económica que permitiera examinar las razones que impiden que otras personas de su núcleo familiar estén en incapacidad para sustentarlo en caso de necesidad extrema, sin que se pierda de vista que ante la realidad de su empleo, es decir, que se trataba de uno convocado a concurso efectivamente surtido, resultaba previsible la provisión con el ganador del mismo en cualquier momento, lo cual imponía un margen de previsión financiera pues, era de conocimiento del accionante que desde el año 2009 se vienen adelantando las acciones para proveer el empleo por el sistema de carrera.

La provisionalidad es una situación administrativa transitoria que, aunque se extienda en el tiempo, no genera la estabilidad relativa propia de los

empleados que acceden al empleo previa superación de un concurso, ni siquiera si por virtud del tiempo el empleado es nombrado en provisionalidad en empleos diferentes a aquel en que lo fue inicialmente. Obsérvese que la certificación que obra a folio 135 precisa que fue vinculado a la Rama Judicial desde el 7 de septiembre de 2009 con carácter provisional en el empleo que **actualmente** desempeña como Profesional Universitario Grado 12 (fl. 124).

Adicionalmente, la eventual desvinculación del actor, se justifica en un fin constitucionalmente relevante consistente en la provisión de cargos de carrera en propiedad por quienes han esperado su designación por años, luego de superar el concurso respectivo.

Como se dejó expuesto, procede contra los actos del concurso un medio de control ordinario eficaz, por virtud de las medidas cautelares que puede proponer, como se explicó antes, en los términos del pronunciamiento de la Sala Plena del Consejo de Estado. Así, el proceso ordinario promovido en el mes de octubre del presente año, es eficaz para debatir la legalidad del Acuerdo CSJBA09-168 de 2009.

Ahora, en cuanto al uso oportuno del medio de control ordinario, si bien, tratándose de un acto general puede ser demandado en cualquier tiempo, lo cual impone considerar que la demanda presentada fue oportuna, para los efectos de esta tutela no se pasa por alto que el concurso fue convocado desde el **9 de septiembre de 2009**, no obstante, la demanda de nulidad que inició el accionante, sólo fue presentada el **8 de octubre de 2015**, según afirma, es decir **6 años después de expedido el acto administrativo**, entonces no puede, luego de tal pasividad por años, aducir en su favor que el medio de control no es efectivo, cuando esperó todo ese lapso y sólo al ver en riesgo su vinculación, procedió a hacer uso de la acción ordinaria. De admitirse esta estrategia, se pondría en riesgo el derecho a ser designado como consecuencia de la superación del concurso que, también por años, han esperado quienes lo superaron.

Adicionalmente, no se deja de lado que, a pesar de quejarse de la omisión en que, afirma, incurrió el acto administrativo general al no señalar las funciones del empleo, lo cierto es que se inscribió al mismo, para el cargo que hoy ocupa en provisionalidad, y participó en él, **sólo que no obtuvo el puntaje necesario para superarlo**. Entonces, mal puede aceptarse que la situación lo toma por sorpresa y que con la conformación de la lista, que es la

171

consecuencia constitucional y legal que corresponde al proceso de concurso, en aras a proveer el empleo mediante nombramiento a quienes lo superaron, se desconoce el derecho a la estabilidad en el empleo que, dicho sea, no corresponde a quienes son nombrados en provisionalidad y se les desvincula, se reitera, para designar a quien ha superado el concurso adquiriendo así el derecho a ser nombrado.

Recuérdese que la acción de tutela en materia de concursos, encaminada a suspender sus efectos, conforme a la sub regla antes señalada exige que "(...) los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron (...)", condición que no se presenta en este caso.

Por último, este Tribunal debe resaltar que en el presente proceso se adoptaron las medidas necesarias para vincular y notificar a las personas integrantes del Registro de Elegibles dentro del concurso convocado por Acuerdo CSJBA09-168 de 2009, quienes podrían ver afectados sus derechos constitucionales fundamentales relacionados con el acceso a cargos públicos y conexos con la decisión contenida en la Resolución, sin que éstos intervinieran en el proceso.

Lo expuesto, a juicio de esta Sala, es suficiente para concluir que la acción es improcedente y así se declarará.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

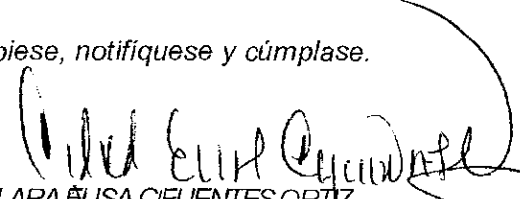
FALLA:

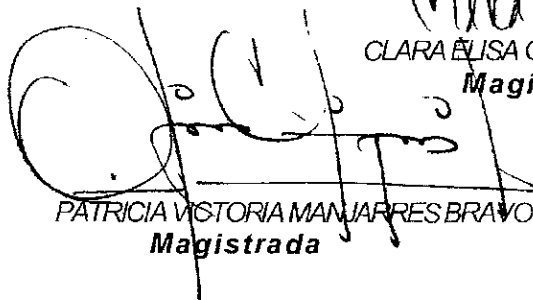
- 1. Negar por improcedente la acción de tutela** presentada por Luis David Quintana Martínez contra el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Notificar** a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaría de ésta Corporación.


3. De no ser apelada esta sentencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.
4. Ordenar al Consejo Seccional de la Judicatura la publicación de esta providencia en la página web de la Rama Judicial en el link del concurso convocado por Acuerdo CSJBA09-168 de 09 de septiembre de 2009.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO
Magistrada


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

Hoja de Firmas
Acción de tutela

Demandante: Luis David Quintana Martínez
Demandado: Consejo Seccional de la Judicatura y otros
Expediente: 15001 2333 000 2015 00781 00