



Radicado: 11001-03-15-000-2021-01444-00
Demandante: Jairo Arenas Osorio

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Bogotá D. C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-01444-00
Demandante: JAIRO ARENAS OSORIO
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

AUTO ADMISORIO

Mediante escrito radicado el 7 de abril de 2021, en el aplicativo electrónico habilitado para la recepción de tutelas en línea¹, el señor Jairo Arenas Osorio, ejerció acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Segunda de Decisión, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al trabajo y a la vida.

La parte demandante consideró vulneradas sus garantías constitucionales con ocasión de la sentencia del 12 de febrero de 2021, dictada por la referida autoridad judicial, a través de la cual revocó la decisión de primera instancia² que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Contraloría Municipal de Pereira y negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra de dicho ente de control, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el señor Reinaldo Tabares Ruiz³.

La Sección Quinta del Consejo de Estado conoce de las acciones de tutela promovidas contra las decisiones de los Tribunales Administrativos, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 «*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*».

En atención a que la solicitud cumple con los requisitos que señala el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se

¹ Generación de tutela en línea número 304008.

² Proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira.

³ Identificada con el radicado 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019), con ocasión de la convocatoria 305 de 2013 para suplir los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira, en la que el demandante optó por concursar para el empleo identificado con el número 203283 – OPEC, código 314, grado 8, denominado técnico operativo.





RESUELVE

Primero: Admítase la acción de tutela presentada por el señor Jairo Arenas Osorio, conforme a lo expuesto.

Segundo: Notifíquese por el medio más expedito y eficaz a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Segunda de Decisión, quienes podrán contestar la presente tutela y allegar los documentos que pretendan hacer valer como pruebas, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del respectivo oficio.

Tercero: Comuníquese por el medio más expedito y eficaz, la iniciación del presente trámite procesal al juez Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira, a los representantes de la Contraloría Municipal de Pereira, la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como al señor Reinaldo Tabares Ruiz, para que dentro del término de tres (3) días contado a partir de la fecha de recibo de la correspondiente comunicación, manifieste lo que considere pertinente frente al mismo.

De igual manera, comuníquese a todas las personas que hacen parte de la lista de elegibles de la convocatoria 305 de 2013 para suplir los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira, a los funcionarios que actualmente ocupan el empleo identificado con el número 203283 – OPEC, código 314, grado 8, denominado técnico operativo y, a quienes pudieran tener un interés en el proceso ordinario 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pereira y al Tribunal Administrativo de Risaralda, de la existencia del presente trámite de tutela.

Lo anterior, en atención al interés que le asiste en las resultas de este proceso, por cuanto puede verse afectado con la decisión definitiva que se adopte.

Para efecto de lo anterior, asimismo requiérase a las Secretarías Generales del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Risaralda, para que publiquen en sus respectivas páginas *web* copia digital de la demanda de tutela, de los anexos que la acompañan y de esta providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.

Adicionalmente, requiérase a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para que publique en su página *web* relacionado con la aludida convocatoria, específicamente en el enlace denominado dispuesto para las acciones constitucionales, copia digital de la demanda de tutela, los anexos que la acompañan y de esta providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.





A su vez, requiérase a la Contraloría Municipal de Pereira para que informe a los funcionarios que actualmente ocupan en esa entidad el empleo identificado con el número 203283 – OPEC, código 314, grado 8, denominado técnico operativo, de la existencia de la acción constitucional de la referencia.

Para efecto de lo anterior, las entidades destinatarias deberán informar y allegar constancia del trámite surtido.

Cuarto: Solicítese al Tribunal demandado o al Juzgado de primera instancia, que allegue, en calidad de préstamo, el proceso ordinario identificado con radicación 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019), promovido por la accionante, ya sea en físico o vía electrónica al correo de la Secretaría General del Consejo de Estado.

Quinto: Ténganse como pruebas los documentos aportados con la solicitud de amparo, con el valor probatorio que les corresponda según la ley. Deniégase el decreto de la prueba documental solicitada por la parte actora, pues fue requerida en el artículo anterior.

Sexto: Notifíquese por el medio más expedito y eficaz esta decisión a la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

«Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>»



HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO -
Bogotá D.C.

REF: ACCIÓN DE TUTELA

JAIRO ARENAS OSORIO, , mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Dosquebradas – Risaralda -, identificado con cédula de ciudadanía número 10.118.982 expedida en Pereira – Risaralda mayor de edad, domiciliado y residente en la misma ciudad, actuando en mi propio nombre y representación, muy respetuosamente comparezco, por medio del presente escrito, ante los Honorables Magistrados, para presentar **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del **HONORABLE TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA**, por la violación de los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO**, y **ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**, todo con fundamento en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO: El suscrito a través de vocero judicial presentó ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Pereira – Reparto-, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Contraloría Municipal de Pereira y la Comisión Nacional del Servicio Civil, los hechos en síntesis de la demanda se resumen a los siguientes:

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, mediante Acuerdo 482 del 02 de octubre de 2013, convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa pertenecientes a la Contraloría Municipal de Pereira, proceso que se identificaría como la convocatoria No. 305 de 2013.
2. Dentro de los cargos ofertados para suplir los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira – Convocatoria No. 305 de 2013, el suscrito optó por concursar para el empleo identificado con el No. 203283 – OPEC – Código 314-grado 8 denominado “Técnico Operativo”.

3. Cumplidas todas las etapas del concurso y sin que en el transcurso me notificaran sobre alguna inconsistencia o provisión del cargo para el cual estaba concursando, la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015, conforma y adopta la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera denominado Técnico Operativo, código 314, grado 08, en la que indicó que el suscrito, de acuerdo a su puntaje (65.10), ocupaba el primer lugar de la lista de elegibles.

4. Al quedar en firme dicho acto y corridos los plazos en él señalados, sin que se produjera el nombramiento quien escribe, formuló petición de fecha **25 de agosto de 2015**, frente al Contralor Municipal de Pereira, en solicitud del nombramiento en el cargo, a lo cual dio respuesta desfavorable mediante **oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015**, indicando que no era posible acceder al nombramiento, toda vez que con la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se actualizaba el Registro Público de Carrera Administrativa, se había proveído dicho cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08, en favor del señor Reinaldo Tabares Ruiz.

5. La negativa de la Contraloría Municipal de Pereira frente a mi nombramiento, generó un perjuicio pues deje de percibir los valores correspondientes a salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, y demás emolumentos correspondientes al cargo, situación que además como quedó demostrado se me causaron una serie de perjuicios de índole moral, esto referido a la angustia, sufrimiento, desazón, inseguridad, intranquilidad, sentimientos que no tendría que haber afrontado de haberse actuado debidamente por las entidades demandadas.

SEGUNDO: *El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, profirió fallo de primera instancia el día 22 de abril de 2019, mediante el cual declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Contraloría Municipal de Pereira y negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo que a continuación se resume.*

El a quo señaló que, a pesar del error de la administración al haber ofertado un cargo sobre el cual ya alguien ostentaba

derechos de carrera, la legalidad del acto acusado debía mantenerse incólume, comoquiera que de manera puntual sobre el contenido del mismo no existía ningún vicio o irregularidad que le hiciera perder la presunción que lo ampara. Adujo como hecho transversal de la controversia que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, había actualizado, en el registro público de carrera administrativa dicho cargo a favor del señor Reinaldo Tabares Ruíz, por lo que la legalidad del acto debía mirarse frente a la negativa y no frente al derecho que se le otorgó al demandante al haber participado en el concurso y ocupar el primer puesto, de suerte que si para el momento de la firmeza de la lista de elegibles el cargo ya estaba provisto, su derecho nació imperfecto y estaba supeditado a que durante la vigencia de la lista de dos años apareciera la vacante respectiva, caso que no ocurrió, o al menos no existe prueba de ello.

Indicó que precisamente el derecho de quien aun antes de la convocatoria ya ostentaba la propiedad en el cargo objeto de debate, es el que determina que la respuesta ofrecida al elegible se hubiere producido con apego a la normatividad frente a la ocupación de la planta de personal de la entidad, porque ante la ausencia de vacancia definitiva en el cargo, solo podía la administración responderle al ciudadano que no era posible acceder al nombramiento.

TECERO: *La decisión antes anotada, fue confutada oportunamente y de la alzada conoció el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, quienes mediante decisión de fecha doce de febrero de 2021, revocó la decisión de primera instancia bajo los siguientes argumentos basilares:*

" ...precisa esta magistratura que está dada la idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado frente al acto administrativo enjuiciado, por cuanto de conformidad con el artículo 138 de la Ley 1437 de 20119, este instrumento de control sí resulta ser procedente para el análisis y decisión de la pretensión anulatoria del acto administrativo acusado - oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015- el cual contiene una declaración de voluntad de la Contraloría

Municipal de Pereira, negativa del nombramiento en período de prueba solicitado por el actor, en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08 para el cual concursó y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil; así como esta misma acción es viable para estudiar las pretensiones consecuenciales formuladas a título de restablecimiento del derecho subjetivo lesionado con el acto demandado, tanto de orden laboral como la reparación del daño que se señala irrogado.

...

Para la Sala, contrario a lo que concluyó el juzgador de instancia, la negativa de la Contraloría Municipal de Pereira, plasmada en el oficio acusado, respecto de proveer al nombramiento solicitado por el actor en período de prueba, en el cargo para el cual concursó y obtuvo el mejor puntaje, muy a pesar que el cargo lo ostentara otra persona, incluso desde antes del inicio del concurso en virtud de la expedición de la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013 por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se actualizó en el Registro Público de Carrera Administrativa al señor Reinaldo Tabares Ruiz, comporta a todas luces una violación flagrante de los derechos al debido proceso, al trabajo -acceso a la carrera administrativa- y al principio de confianza legítima del señor Jairo Arenas Osorio, lo cual no puede pasar desapercibido de cara al derecho pretendido.

Lo anterior, por cuanto la Contraloría Municipal de Pereira, pese a conocer la situación irregular y las consecuencias jurídicas que podía comportar para los participantes del concurso, como es el caso del demandante, mantuvo la oferta del cargo de Técnico Operativo código 314 grado 08, para el cual se inscribió el actor, y permitió que el procedimiento surtiera todas las etapas del concurso hasta la expedición de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 para proveer dicha vacante ofertada en la que ocupó el primer lugar el demandante Jairo Arenas

Osorio, y finalmente permitió que dicha lista adquiriera firmeza el 04 de agosto de 2015; para decidir con posterioridad, el 07 de septiembre de 2015, a través del oficio enjuiciado, que no era posible el nombramiento del demandante en razón de dicha circunstancia.

De esta manera la Contraloría Municipal de Pereira desconoció las reglas aplicables al concurso de méritos, las cuales eran inmodificables y debían ser respetadas; violó el principio de transparencia y publicidad que debe regir las actuaciones de la administración, sorprendió al demandante que se sujetó a ellas de buena fe, con una negativa no establecida en el concurso ni en la ley para la provisión del cargo, pese a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles que había cobrado firmeza y por tanto, le otorga un derecho adquirido al actor, que no podía ser desconocido.

Así mismo, lesionó el derecho al trabajo del demandante cuando se le priva del acceso en período de prueba al cargo para el cual concursó, a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que al ganar el concurso y ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, sería nombrado en el cargo, pero la entidad se abstuvo de hacerlo esgrimiendo una circunstancia que, aun siendo cierta, conocía desde antes del concurso. Igualmente, se desconoce el principio de confianza legítima cuando la Contraloría Municipal de Pereira como autoridad pública que debe ceñirse a los postulados de la buena fe, cuando crea unas expectativas favorables para el actor, pero cimentadas en un hecho inexistente como era la vacancia definitiva del cargo ofertado, para luego aducir esa situación con base en la cual lo sorprende con una negativa para su nombramiento, cuando de conformidad con el Acuerdo de convocatoria que es la ley del concurso, y con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ante la firmeza de la lista de elegibles, el concursante alcanza un derecho adquirido, al cual no le es oponible la circunstancia invocada por la entidad demandada.

De tal manera que a la entidad nominadora no le era dado negar los efectos del concurso de méritos que había sido convocado, tramitado y concluido con la firmeza de la lista de elegibles, cuando este acto le imponía proveer el cargo con la persona que había ocupado el primer lugar en dicha lista, para el momento en que debía producirse el nombramiento, que en este caso correspondía a una vacante anunciada y mantenida durante todo el concurso, todo lo cual compromete la responsabilidad de la Contraloría Municipal de Pereira.”

CUARTO: *En los anteriores términos, el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, desató la alzada propuesta y consecuencia **DECLARÓ** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015, expedido por el Contralor Municipal de Pereira, y restableció mis perjuicios en una suma de veinticinco (25) S.M.M.L.V, quiere decir que en efecto el medio de control tuvo acogida en la jurisdicción, y mis pretensiones tuvieron eco.*

QUINTO: *Es importante mencionar que el motivo por el cual estamos emprendiendo el camino de la ACCIÓN DE AMPARO frente a la decisión judicial, es porque definitivamente la sentencia no se compadece con la realidad jurídica del asunto y esto en punto al restablecimiento del derecho, veamos:*

- *Tenemos entendido que el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho es una acción de doble vía, la cual busca en principio declarar la nulidad del acto administrativo contrario a la ley, y como consecuencia de dicha declaración es precisamente buscar el restablecimiento del derecho por los perjuicios irrogados al actor, mismos que en el caso que nos ocupan no son pocos si tenemos en cuenta que se ha perdido una oportunidad laboral.*

SEXTO: *Para efectos de este trámite de protección de derechos fundamentales, debemos plantear los siguientes problemas jurídicos, que a nuestro criterio fueron pasados por alto por la entidad accionada, los mismos corresponden a:*

- *Responde en verdad la sentencia de fecha 12 de febrero de 2021 proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo*

de Risaralda al principio de reparación integral contenido en la ley artículo 16 de la Ley 486 de 1998?

- Era una obligación o un deber del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, practicar pruebas de oficio en punto a restablecer el derecho del suscrito.

SOLUCIÓN

6.1. Sobre el Principio de la Reparación Integral.

Me propongo con las siguientes cuartillas despejar el siguiente interrogante:

¿ Si con la sentencia objeto de esta acción se retiró un acto administrativo del ordenamiento jurídico, porque el Tribunal Administrativo de Risaralda NO PROCEDIÓ al consecuente restablecimiento del derecho?

En cuanto se refiere al artículo 16 de la Ley 486 de 1998, se observa que ésta es una disposición que hace parte de la normatividad procesal de orden legal que regulan la administración de justicia, esto es, actuaciones y decisiones de carácter jurisdiccional y, por tanto, la solución de conflictos jurídicos por daños irrogados a las personas. La materia de que se ocupa o la que corresponde, entonces, es la administración de justicia, especialmente, la de las sentencias que han de proferirse en los procesos judiciales contenciosos, promovidos mediante demanda por quien o quienes hubieren sido víctimas de daños causados por terceros (particulares o el Estado) a su persona o a sus cosas, según se lee a continuación: "ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.**

En punto al tema de la Reparación Integral, el H. Consejo de Estado, ha indicado que¹ que "**la reparación integral** que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de **indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial**".

¹ Cita es original: Sentencia de 18 de enero de 2012, expediente núm. 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959), Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En efecto, la doctrina moderna acoge la tesis según la cual la acción de nulidad y restablecimiento del derecho corresponde **a una pretensión de reparación o de responsabilidad estatal**, la cual comprende cualquier fórmula encaminada a volver al *statu quo* anterior a la expedición del acto, en tanto que el artículo 90 de la Constitución Política constituye el fundamento constitucional de las acciones que contempla el Código Contencioso Administrativo – hoy CPACA- en las que exista una pretensión en contra del Estado. En este sentido, el profesor Juan Carlos Henao expone lo siguiente:²

“[...] 10. La elección terminológica. 'Reparar', 'indemnizar', 'resarcir', 'restablecer', 'volver las cosas al estado anterior', 'compensar', son algunos términos que se encuentran en el corazón del debate sobre el alcance de la reparación de daños. La diversidad de formas como se enuncia el mismo fenómeno es de por sí la primera dificultad que se enfrenta a la hora de descifrar su alcance, razón por la cual es preciso proceder a una cuidadosa escogencia terminológica para evitar equívocos, puesto que, por lo demás, en los diversos campos de la responsabilidad civil estos términos son empleados en ocasiones como sinónimos. Se debe, entonces, investigar su sentido corriente y su sentido jurídico, a efectos de justificar la elección por la cual se opte.

11. Los sentidos corrientes de los términos anteriores y su sinonimia. Se debe observar el sentido corriente de los términos anteriores. De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, 'reparación' significa "desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria"; por su parte, 'restablecimiento' designa "acción y efecto de restablecer o restablecerse", y 'restablecer' significa "volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía"; 'indemnización' significa "acción y efecto de indemnizar", e 'indemnizar' corresponde a la acción de "resarcir un daño o perjuicio". Finalmente, 'resarcir' significa "indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio". El sentido corriente de estos términos es similar, y la semejanza entre ellos es tal que en los diccionarios de sinónimos, cuando se busca, por ejemplo, 'indemnizar', se reenvía a los verbos 'reparar', 'compensar', 'resarcir'. [...]

*El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 cpaca, **corresponde a una pretensión de reparación o de responsabilidad estatal**. Es así como dicho medio de control no se limita a examinar la legalidad de un acto administrativo, sino que, en palabras del profesor*

² <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4743>. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2020.

Santofimio, la pretensión "**tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo**".

*En este orden de ideas, el medio de control tiene una doble condición, pues, mediante el juicio de legalidad del acto que se ataca, busca el mantenimiento del orden jurídico, pero a su vez, por el restablecimiento del derecho, **persigue la tutela efectiva de los derechos e intereses de los particulares sobre quienes recaen las consecuencias de los actos administrativos, sin que se excluya la indemnización pecuniaria de perjuicios**³.*

*En el presente caso se encuentra acreditado que quien escribe, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento prevista en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, persigue además de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que me negó la posesión para el cargo para el que concursé y gané; el consecuente pago de las sumas que dejé de percibir al no haber sido nombrado en el cargo **TECNICO OPERATIVO, código 314, grado 08 de la CONTRALORIA MUNICIPAL DE PEREIRA.***

Consideramos que no se compadece la decisión de segundo grado con los principios de REPARACIÓN INTEGRAL, pues si bien es cierto existe una condena pecuniaria ésta no alcanza si quiera a reparar la pérdida de la oportunidad laboral para la que concursé y gané. Incluso ni siquiera corresponde a la indemnización por el lucro cesante consolidado y mucho menos el lucro cesante futuro, rubros que fueron pasados por alto por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda.

Si bien el suscrito no alcanzó si quiera la connotación de funcionario público, también lo es que con la negativa del señor contralor municipal del municipio de Pereira, perdí una oportunidad muy grande si tenemos en cuenta que con el

³ En el citado artículo, el tratadista Juan Carlos Henao indica: "(...) Resulta infortunado hacer la citación del artículo 90 CP para referirse a una sola acción de las contempladas en el Código, como si solo se pudiera comprometer la responsabilidad del Estado "cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma". Y es infortunada dicha restricción porque allí donde haya condena al Estado el fundamento de la misma será el artículo 90 CP. Es decir, este artículo es el fundamento constitucional de todas las acciones contencioso administrativas, ordinarias y/o constitucionales donde haya pretensiones en contra del Estado".

ingreso al cargo concursado, hubiese ingresado automáticamente a la carrera administrativa, incluso hasta alcanzar el estatus hasta de pensionado.

La consecuencia lógica de la negativa por parte de la Contraloría del Municipio de Pereira deja al descubierto que el suscrito dejo de percibir salarios, prestaciones sociales, vacaciones, primas, cesantías entre otros situaciones que no fueron si quiera valorados por el Tribunal Accionado, emolumentos que considero tengo derecho por la mera situación de la declaratoria de nulidad del acto administrativo de marras. Si bien la condena por los perjuicios morales reconocidos en la sentencia objeto de esta acción de amparo es importante, los otros emolumentos solicitados en las pretensiones de la demanda lo eran aún mas por el mero hecho de pensar que el dicente no cuenta con un trabajo estable de donde pueda derivar ingresos, situación que vulnera no solo el derecho a la vida, al trabajo sino también a la confianza legitima en la entidad, por cuanto el concurso de méritos propiamente dicho no genera derechos, empero la lista de elegibles en firme no genera una expectativa, genera un derecho a ser nombrado.

En consecuencia acudo al juez constitucional para que dando aplicación a la normas nacionales, a los antecedentes jurisprudenciales sino al bloque de constitucionalidad, se deje sin valor y efecto la sentencia confutada y ordene al TRIBUNAL accionado proferir una nueva sentencia en donde se tengan en cuenta estos ítems.

Aunado a lo anterior, una reparación integral de los perjuicios debe abordar no solo una indemnización pecuniaria sino que debe contener una indemnización en especie, y en el caso que hoy ocupa nuestra atención, debió el fallador accionado ordenar a la CONTRALORIA MUNICIPAL DE PEREIRA, certificación en el sentido de indicar cuales son las vacantes similares al puesto que en franca lid gané, pues como se desprende de las pretensiones de la demanda, quien hoy acciona pretende es el ingreso a la carrera administrativa, pues si bien el cargo para el que concurse y gané ya está provisto, la contraloría tiene otro(s) cargo(s) de similares

características para los cuales el suscrito tiene el perfil profesional para ocupar dichos cargos.

Para apalancar la anterior consideración, también puedo afirmar sin excitación alguna que el juez colegiado accionado, pasó por alto dar aplicación a lo contemplado en el numeral 4 del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, el cual a la letra señala:

*4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.***

Pues en definitiva en la entidad CONTRALORIA MUNICIPAL DE PEREIRA, existen otras vacantes que puedo ocupar en razón a mi perfil profesional.

La norma en cita debe aplicarse tal y como lo ha pregonado la sentencia T-389 de 2009 de la H. Corte Constitucional, este Tribunal puntualizó que, por regla general, el efecto en el tiempo de las normas es el de la aplicación inmediata y hacia el futuro, "pero con retrospectividad, (...) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal (...)". De este modo, "aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma".

*La retrospectividad se ha asociado por la jurisprudencia con la necesidad de lograr la satisfacción de los **principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, en la superación de situaciones marcadamente discriminatorias o lesivas del valor de la justicia o con cambios sociales y culturales que***

impactan en el marco jurídico vigente. Tal es el caso de lo que ocurre con las normas que rigen el derecho **laboral**, los créditos de consumo a largo plazo, las tasas de interés y otros en los que las situaciones jurídicas no están consolidadas, sino en curso”.

Con base en los anteriores argumentos, es posible considerar que si bien la modificación al procedimiento de provisión de cargos que se contiene en la citada Ley 1960 de 2019, constituye la entrada en vigencia de una norma de carácter procedimental.

En definitiva el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupan un lugar en una lista de elegibles vigente, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas y equivalente en los términos expuestos en la referida ley.

Por tal motivo, el componente del restablecimiento del derecho que trae consigo el medio de control que fue puesto en consideración de la jurisdicción, es bastante amplio y de ser satisfecho en debida forma por los dispensadores de justicia.

6.2 Sobre la facultad-deber del juez de decretar pruebas para restablecer el derecho.

El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a la H. Corte Constitucional⁴, el funcionario deberá decretar pruebas

⁴ Esta subregla fue formulada originalmente por la sentencia T-264 de 2009 para el procedimiento civil y posteriormente fue aplicada a las controversias Contencioso Administrativas por el fallo T-950 de 2011.

*oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) **cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material**; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes⁵.*

En materia contenciosa administrativa, el razonamiento de la Corte ha sido similar. En providencia T-817 de 2012 se estudió si un juez de la República podía desconocer los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de una persona, cuando ésta no aportó en el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho donde fue llamada como litisconsorte necesario, el registro civil de matrimonio para acceder a la sustitución pensional de su difunto esposo, y aquel no decretó de oficio la prueba ad substantiam actus que se requería para garantizar los derechos sustanciales. La Corte consideró que las autoridades judiciales accionadas "incurrieron en defecto por exceso ritual manifiesto (el cual tiene relación directa con el defecto fáctico que alega el actor), al dejar de hacer uso de la facultad que les otorga la norma procesal para decretar la prueba de oficio solicitando la aportación del respectivo registro civil de matrimonio, con el fin de establecer si la señora Clara Nancy Herrera en verdad figura como cónyuge del causante José Antonio Cárdenas Pachón para, a partir de la información obtenida, proveer el fondo del asunto con mayores elementos de juicio".

Cabe resaltar que la posibilidad de que los jueces decreten pruebas de oficio va estrictamente ligada a la necesidad imperiosa de la búsqueda de la verdad en los procesos judiciales como el fin último y natural de la justicia, tal como lo ha sostenido esta el H. Consejo de Estado en su diferentes secciones⁶ en varias oportunidades, por lo tanto es absolutamente razonable y necesario que los operadores

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 26 de julio de 2018, C.P. María Elizabeth García González, identificada con número único de radicación 11001-03-15-000-2018-01855-00.

judiciales, al percatarse de la existencia de pruebas que pueden clarificar los fundamentos fácticos del caso, las decreten oficiosamente y la valoren, en aras de garantizar no solo la protección del principio de la justicia material sino el de la prevalencia del derecho sustancial.

Conforme a lo dicho en precedencia, y bajo el amparo de que el dispensador de justicia en verdad tiene una obligación de decretar pruebas de oficio, y que además sacó del mundo jurídico la negativa en punto al nombramiento del suscrito en el cargo para el que concurre y gané; bien pudo el Tribunal Accionado, decretar las pruebas de oficio a efecto de nombrarme en un cargo de similares características o equivalente y que estuviera vacante en la entidad, esto en aras de garantizar el debido restablecimiento del derecho, pues porque en definitiva lo que se busca es mi ingreso a la carrera administrativa y los consecuentes pagos a título de indemnización como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo confutado.

Es bueno resaltar, que en el escrito genitor del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que se tramitó y que terminó con las decisiones judiciales descritas en los hechos anteriores, es pidió como pretensión mi posesión un cargo de similares características o equivalente a efectos de garantizar mi restablecimiento componente fundamental en el medio de control ya tantas veces mencionado.

*Además, si en efecto no podía nombrármeme en el cargo ya tantas veces deprecado, debió el fallador **RECONOCER** un RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO total en garantía de mis derechos fundamentales y en garantía de la reparación integral en punto a la perdida de la oportunidad laboral que fue desconocida por la entidad y el H. Tribunal Contencioso Administrativo accionado.*

SÉPTIMO: *Frente a la procedencia de la acción de tutela frente a decisiones judiciales tenemos que:*

"a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; en efecto evidentemente estamos

frente a una grave vulneración de derechos fundamentales como son el debido proceso, acceso a la administración de justicia y el derecho a la igualdad referido a la perspectiva de género.

b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; evidentemente se agotaron todas las instancias pertinentes para la prosperidad de esta acción constitucional, y podría pensarse que en el presente asunto podría tener vocación de prosperidad el recurso extraordinario de casación, empero tal y como lo señala el artículo 338 del C.G.P, no se tendría la cuantía para emprender una demanda de casación.

c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; lo cual está palmario en este asunto dado que la sentencia de segundo grado se profirió el día 08 de marzo de 2019.

OCTAVO: En conclusión, pues, aludiendo de manera puntual a LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD de la acción de tutela que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado en aras de proteger, por vía de tutela, las inconsistencias en que incurrir los funcionarios judiciales en desmedro de los derechos fundamentales de alguna de las partes que hacen parte de determinado asunto, otrora denominada VÍA DE HECHO, en el caso presente tenemos, sin lugar a dudas, que se incurrió en ella, **teniendo en cuenta que no se tuvieron en cuenta antecedentes jurisprudenciales y obraron contrario a la legislación constitucional.**

Los requisitos especiales de procedibilidad, no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y que constituyen el aspecto nuclear de los cargos elevados contra la sentencia. La citada providencia C-590 de 2005 sintetizó de la siguiente forma las causales especiales de procedencia. Estas son:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.”

Aquí, mirados esos requisitos generales, tenemos que se cumplen uno a uno. En efecto, la cuestión discutida tiene relevancia constitucional porque nos hallamos de frente a la vulneración de un derecho fundamental como el debido proceso que tiene una evidencia relevancia constitucional; se cumple con el requisito de inmediatez dada la proximidad entre la decisión y la promoción de esta demanda; la irregularidad del Despacho tiene una puntual relevancia en el amparo deprecado y no se trata del ataque a una acción de tutela.

P E T I C I O N E S:

1-. Se tutele nuestro derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO, DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA VIDA**, toda vez que el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA**, pretermitió reconocer en debida forma el restablecimiento de mi derecho en su totalidad, además pretermitió el decreto de pruebas de oficio si consideraba que existía oscuridad para desatar la alzada por mi propuesta.

2-. Dejar sin valor y efecto la sentencia de segunda instancia proferida por el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA**, proferida dentro del proceso radicado al número **66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019)**, en donde actuaba el suscrito como demandante.

3.- **ORDENAR** al citado Tribunal, proferir en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, un sentencia ajustada a derecho y las normas que gobiernan el caso puesto a su consideración y de manera puntual ordenando el reconocimiento del restablecimiento de mi derecho conforme a la situación fáctica ya descrita.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

APORTADAS

- ✓ Copia informal de la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, de fecha 12 de febrero de 2021 con su respectivo salvamento de voto.
- ✓ Copia informal de la sentencia de primera instancia proferida en el asunto de marras por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA** de fecha veintidós de abril de dos mil diecinueve.

OFICIOS

✚ Ofíciase al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA - para que remita copia autentica del proceso demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en donde figura JAIRO ARENAS OSORIO en contra de la Contraloría Municipal de Pereira, Comisión Nacional del Servicio Civil y el señor REINALDO TABARES y otros como demandados radicado al 66001-33-33-002-2016-00091-01 que se tramita en este despacho.

A N E X O S

Los documentos enunciados como pruebas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ARTICULOS: 11, 13 y 94 de la Constitución Nacional, DECRETO 2591 DE 1991, DECRETO 306 DE 1992, DECRETO 1382 DE 2000.

Sentencia de Tutela Corte Constitucional

Referencia: expediente T-1176250

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

El requisito de inmediatez de la acción de tutela

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional que garantiza la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o violados con ocasión de la actuación u omisión de una entidad pública o de manera excepcional por un particular. Si bien este instrumento no tiene un término de caducidad para su interposición, lo que si es evidente, es que su empleo ha de hacerse dentro de un término razonable que justifique y garantice la efectividad de la protección buscada por esta vía.

En efecto, a pesar de que la Corte mediante sentencia C-543 de 1992 declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que establecía un término de caducidad para ejercer la acción de tutela por considerar que ésta puede interponerse en cualquier tiempo; debe tenerse en cuenta, que en

virtud del **principio de inmediatez** que gobierna el mecanismo de amparo judicial, esta Corporación ha señalado igualmente que la interposición de la acción de tutela debe realizarse dentro de un **término razonable** que permita la protección inmediata del derecho fundamental a que se refiere el artículo 86 de la C.N., y que justifique el ejercicio de la misma como mecanismo subsidiario y expedito de defensa judicial.

Concretamente en la mencionada sentencia se estableció:

*“(...)La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: ... la segunda, puesto que **la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.** Luego **no** es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que **el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.***

*“En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar **solución eficiente** a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, **tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas,** el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara [...]” (Negrillas fuera del texto)*

De esta manera, la clara intención de la acción de tutela es poder dar una respuesta útil y apropiada a la persona que no cuenta con otros mecanismos judiciales que le aseguren una protección igual de eficiente de sus derechos fundamentales.

*En sentencia T-996 A de 2006, esta Corporación reiteró que la inmediatez es una condición de procedencia de la tutela, en virtud de la cual la acción debe interponerse dentro de un **tiempo razonable y prudencial** a partir del momento en que ocurrió la violación o amenaza de los derechos fundamentales, puesto que es un instrumento jurídico que ha sido diseñado para conjurar de manera imperiosa las perturbaciones sobre los derechos fundamentales, y no para perpetuar indefinidamente actuaciones que pueden*

ser resueltas válidamente mediante otros medios de defensa judiciales establecidos en el ordenamiento.

Adicionalmente, se precisó que el requisito de inmediatez demanda que el recurso de amparo sea presentado en un lapso cercano a la ocurrencia de los hechos generadores de la perturbación, con el propósito de evitar que el paso del tiempo desvirtúe la amenaza o la violación que se cierne sobre los derechos fundamentales o comprometa incluso la necesidad de su inminente protección.

De manera puntual la sentencia T- 996 A de 2006 señaló:

“Desconocer la razonabilidad en el plazo de interposición de la acción de tutela, no sólo autorizaría la negligencia o indiferencia de los posibles afectados a la hora de presentar la solicitud de protección constitucional, sino que contribuiría a que se premie indebidamente la desidia en la defensa de los propios derechos. Por eso, y con el fin de propender por la seguridad jurídica, el plazo de interposición de la tutela debe ser por ello oportuno, razonable, y evaluable en cada caso concreto”.
(Negrillas fuera del texto)

Sobre este último aspecto, la sentencia SU-961 de 1999, consideró que:

"De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado (...). Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción”.

Así, la inactividad y el excesivo paso del tiempo en el ejercicio de una acción constitucional, permiten suponer el desinterés de los actores en el ejercicio o protección de sus derechos o la inexistencia de una afectación urgente o irremediable, especialmente si no existe “una justa causa predicable para el no ejercicio oportuno del mecanismo constitucional”, que desvirtúe el descuido o la indolencia en acudir a la protección de los derechos fundamentales”. (Negrillas fuera del texto)

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la falta de inmediatez constituye un indicio de la inexistencia de perjuicio irremediable, toda vez que el paso del tiempo hace presumir que el accionante no se ha sentido lo suficientemente afectado, que haya sido imposible continuar conviviendo con la amenaza de vulneración o con el

quebranto de sus derechos, con lo cual puede entenderse que no existe un perjuicio.

A lo anterior debe sumarse que el perjuicio irremediable necesario para que proceda la tutela debe ser cierto, grave e inminente: circunstancia que no se evidencian cuando el actor ha dejado pasar un largo tiempo sin realizar ningún tipo de actuación orientada a la protección de sus derechos.

No obstante, el juez constitucional debe constatar, en los casos que concurrió un tiempo prolongado entre la ocurrencia de la vulneración y la presentación de la acción de tutela, si existió un motivo válido para ello, entendiéndose éste como justa causa para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, la cual deberá ser estudiada en cada caso en particular.

Al respecto esta Corporación en sentencia T-157 de 2009 señaló que la verificación del cumplimiento del requisito de inmediatez le corresponde al juez constitucional, funcionario que debe analizar las circunstancias fácticas del caso puesto a su consideración y determinar si la acción fue presentada o no oportunamente. Ante la presencia de una valoración negativa, debe establecer si la dilación en el ejercicio de la misma se encuentra justificada.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la razonabilidad del tiempo en que debe presentarse la acción de tutela. En sentencia T-243 de 2008 la Corte señaló lo siguiente:

“Ahora bien, ¿cuáles factores deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso? La Corte ha establecido, cuando menos, cuatro de ellos: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.”

La razonabilidad en este contexto es una noción supeditada a la valoración que el operador judicial haga de la dinámica en que acaecieron los hechos, en particular, las condiciones de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, y el impacto de las mismas frente a la posibilidad de lograr el fin de la tutela: la protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales.

PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA

Es usted competente, señor Juez, para conocer de este asunto

por facultad legal, cuyo procedimiento debe atenerse a lo dispuesto en los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento, que no he presentado o interpuesto otra tutela por los mismos hechos y derechos aquí enunciados.

DIRECCIONES PARA NOTIFICACIONES

A la parte accionada: El H. Tribunal Contencioso Administrativo de Pereira, en la calle 41 entre carrera 7 y 8 de la ciudad de Pereira – Risaralda, torre C, piso 5, correo electrónico: stadmper@cendoj.ramajudicial.gov.co

Esta acción de tutela podría interesar a los siguientes sujetos:

✚ La Comisión Nacional del Servicio Civil en la Carrera 4 No. 75-49 de Bogotá D.C, Teléfono 325 97 00, correo electrónico: notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co .

✚ La **CONTRALORÍA MUNICIPAL DE PEREIRA**, en el Edificio de la Alcaldía de esta ciudad. Palacio Municipal piso 6, correo electrónico: correo@contraloriapereira.gov.co

✚ A LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, de conformidad con el inc. 6 del art. 612 de la Ley 1564 de 2012, modificatoria del art. 199 de la Ley 1437 de 2011 en la Carrera 7 No. 75-66 piso 2 y 3 Bogotá, D.C. y/o a través su buzón de correo electrónico: procesos@defensajuridica.gov.co y/o buzonjudicial@defensajuridica.gov.co

- ✚ El señor **REINALDO TABAREZ RUIZ**, en el Edificio de la Alcaldía de esta ciudad. Palacio Municipal piso 7. , no se tiene correo electrónico de este ciudadano.
- ✚ El titular del Juzgado Segundo Administrativo de Pereira – Risaralda-, en la calle 41 entre carrera 7 y 8 de la ciudad de Pereira – Risaralda, torre C, piso 5, correo electrónico: adm02per@cendoj.ramajudicial.gov.co.

El accionante **JAIRO ARENAS OSORIO**, persona mayor de edad, identificado como se indicó en precedencia, recibirá notificaciones en la urbanización torres de Santa Marta Bloque 2 apartamento 105 de Dosquebradas – Risaralda-, correo electrónico jjarenaso@gmail.com.

Del Srs. Magistrados, respetuosamente,


JAIRO ARENAS OSORIO
C.C. 10.118.982 de Pereira – Risaralda-



REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA

Aprobado por la Sala en sesión de hoy

Pereira, doce de febrero de dos mil veintiuno

Referencia:
Radicación: 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019)
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jairo Arenas Osorio
Demandado: Contraloría Municipal de Pereira
Comisión Nacional del Servicio Civil y
Reinaldo Tabares Ruiz

Apelación de Sentencia

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida en este proceso por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, mediante la cual fueron negadas las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El señor Jairo Arenas Osorio, a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a la Contraloría Municipal de Pereira, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el señor Reinaldo Tabares Ruiz, en procura de las siguientes:

II. PRETENSIONES

Pueden abreviarse así (fl. 28 y s.s.):

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No.

00832 del 07 de septiembre de 2015, por medio del cual el Contralor Municipal de Pereira, negó el nombramiento en período de prueba del actor, a pesar de ocupar el primer lugar en la lista de elegibles para el cargo ofertado, contenida en la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2. Que se declare que la Contraloría Municipal de Pereira es responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor Jairo Arenas Osorio, con ocasión de la expedición del oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015.

3. Que se declare que la Comisión Nacional del Servicio Civil es solidariamente responsable de los perjuicios de toda índole causados al señor Jairo Arenas Osorio, por no haber ejercido el poder que el otorga la Constitución y la ley para hacer cumplir la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 emanada de la misma Comisión.

4. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el nombramiento del señor Jairo Arenas Monsalve, en el cargo para el que concursó y ganó, es decir, Técnico Operativo, código 314, grado 08 de la Contraloría Municipal de Pereira, o en su defecto a otro cargo de similar o de igual categoría en la misma entidad.

5. Que se condene a la Contraloría Municipal de Pereira a pagar, en favor del demandante, el valor de todos los salarios, prestaciones sociales, primas, bonificaciones y demás emolumentos de la asignación básica correspondiente al cargo que debió ocupar, esto es, Técnico Operativo, código 314, grado 08 de la Contraloría Municipal de Pereira, desde cuando debió efectuarse su nombramiento y hasta cuando efectivamente sea nombrado en su empleo.

6. Que se declare no ha existido solución de continuidad en los servicios.

7. Que se condene a las demandadas al pago de treinta (30) SMLMV por los perjuicios morales causados al demandante.

8. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia, el pago de intereses y la condena en costas en los términos de ley.

III. HECHOS

Se resumen de la siguiente manera (fl. 63 y s.s.):

1. Se indica que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, mediante Acuerdo 482 del 02 de octubre de 2013, convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa pertenecientes a la Contraloría Municipal de Pereira, proceso que se identificaría como la convocatoria No. 305 de 2013.

2. Dentro de los cargos ofertados para suplir los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira – Convocatoria No. 305 de 2013, el demandante optó por concursar para el empleo identificado con el No. 203283 – OPEC – Código 314-grado 8 denominado “Técnico Operativo”.

3. Cumplidas todas las etapas del concurso y sin que en su transcurso le notificaran al demandante sobre alguna inconsistencia o provisión del cargo para el cual estaba concursando, la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015, conforma y adopta la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera denominado Técnico Operativo, código 314, grado 08, en la que indicó que el demandante, de acuerdo a su puntaje (65.10), ocupaba el primer lugar de la lista de elegibles.

4. Al quedar en firme dicho acto y corridos los plazos en él señalados, sin que se produjera el nombramiento del demandante, éste formuló petición de fecha 25 de agosto de 2015, frente al Contralor Municipal de Pereira, en solicitud del nombramiento en el cargo, a lo cual dio respuesta desfavorable mediante oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015, indicando que no era posible acceder al nombramiento, toda vez que con la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se actualizaba el Registro Público de Carrera Administrativa, se había proveído dicho cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08, en favor del señor Reinaldo Tabares Ruiz.

5. Refiere que el hecho de no haberse nombrado al demandante desde cuando surgió la obligación de hacerlo, ha hecho que éste dejara de percibir los valores correspondientes a salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, y demás emolumentos correspondientes al cargo,

situación que además le ha causado una serie de perjuicios de índole moral como consecuencia de la negativa para su nombramiento, esto es, angustia, sufrimiento, desazón, inseguridad, intranquilidad, sentimientos que no tendría que haber afrontado de haberse actuado debidamente por las entidades demandadas.

6. Resalta que el señor Reinaldo Tabares Ruiz antes ocupaba el cargo de Técnico Código 401 grado 07, que tenía una asignación salarial y prestacional inferior al nuevo cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08 para el cual fue nombrado sin participar en ningún concurso público, siendo ascendido de manera directa.

IV. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante expone su argumentación a folios 32 y s.s. del expediente, y señala como normas infringidas los artículos 25, 29, 53, 125 y 130 de la Constitución Política y los artículos 12 y 31 de la Ley 909 de 2004.

Como concepto de violación, expresa lo que se sintetiza así:

Refiere que la convocatoria 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, y en tal virtud impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración señala los parámetros que guiarán el proceso, ante lo cual los participantes, en razón de los principios de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento.

Sostiene que con la negativa de parte de la Contraloría Municipal de Pereira, para nombrar al demandante en período de prueba quien ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles, desconoce su derecho al trabajo, además el principio del mérito, de la buena fe y confianza legítima, así como el derecho fundamental al debido proceso, lo que fundamenta en las sentencias C-040 de 1995 y SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional.

Aduce la violación del artículo 130 de la Constitución que establece que habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, ente que en esta ocasión no ejerció la vigilancia de forma adecuada y eficiente a fin de que se cumpliera por parte de la

Contraloría Municipal de Pereira la resolución 3048 del 22 de junio de 2015. Que igualmente se desconoce el artículo 12 de la Ley 909 de 2004, cuando la Comisión dentro de las funciones allí establecidas no realiza ninguna actuación con miras a que se cumpla su orden y se respete el derecho adquirido por el demandante.

V. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES Y EL PARTICULAR DEMANDADOS

La Contraloría Municipal de Pereira, a través de apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda a folios 63 y s.s. del expediente, en el cual se pronunció frente a los hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio, que a su juicio deben ser negadas por cuanto la actuación se cumplió en debida forma y es clara la legalidad del acto administrativo demandado, ya que fue el resultado de las actuaciones adelantadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales deben ser cumplidas por la Contraloría Municipal de Pereira, en razón de la expedición de la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, que actualizó el registro público de carrera administrativa del señor Reinaldo Tabares Ruiz al empleo Técnico Operativo Código 314, grado 08, por lo que el acto administrativo acusado oficio 00832 del 07 de septiembre de 2015 obedeció al cumplimiento de un deber legal y a lo ordenado por la referida resolución 2005 de 2013.

Propuso como excepciones las de indebido medio de control, caducidad del medio de control invocado, carencia de objeto con la nulidad de los actos demandados y falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, acudió en forma extemporánea¹.

El señor Reinaldo Tabares Ruiz, pese a haber sido debidamente notificado², guardó silencio.

¹ De conformidad con la constancia secretarial obrante a folio 190 del cd. 1.

² Folio 62 ídem

VI. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, profirió fallo el día 22 de abril de 2019³, mediante el cual luego declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Contraloría Municipal de Pereira y negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo que a continuación se resume.

El *a quo* señaló que, a pesar del error de la administración al haber ofertado un cargo sobre el cual ya alguien ostentaba derechos de carrera, la legalidad del acto acusado debía mantenerse incólume, comoquiera que de manera puntual sobre el contenido del mismo no existía ningún vicio o irregularidad que le hiciera perder la presunción que lo ampara. Adujo como hecho transversal de la controversia que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, había actualizado, en el registro público de carrera administrativa dicho cargo a favor del señor Reinaldo Tabares Ruíz, por lo que la legalidad del acto debía mirarse frente a la negativa y no frente al derecho que se le otorgó al demandante al haber participado en el concurso y ocupar el primer puesto, de suerte que si para el momento de la firmeza de la lista de elegibles el cargo ya estaba provisto, su derecho nació imperfecto y estaba supeditado a que durante la vigencia de la lista de dos años apareciera la vacante respectiva, caso que no ocurrió, o al menos no existe prueba de ello.

Indicó que precisamente el derecho de quien aun antes de la convocatoria ya ostentaba la propiedad en el cargo objeto de debate, es el que determina que la respuesta ofrecida al elegible se hubiere producido con apego a la normatividad frente a la ocupación de la planta de personal de la entidad, porque ante la ausencia de vacancia definitiva en el cargo, solo podía la administración responderle al ciudadano que no era posible acceder al nombramiento.

Sostuvo que la regla establecida por la Corte Constitucional, seguida por el Consejo de Estado, de que quien ocupa el primer puesto en una lista de elegibles no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido, en el caso concreto por las particularidades propias del mismo, dicha regla no puede ser aplicada, habida cuenta que la administración ofertó un

³ Folio 260 y s.s. del cd. 1-1

cargo sobre el cual otra persona ostentaba derechos de carrera, siendo aplicable el aforismo “primero en el tiempo primero en el derecho”, máxime cuando la parte actora no acreditó que existiera dentro de la planta de personal del organismo fiscal del orden territorial, otra vacante en el cargo para el cual concursó el demandante.

Añade que la omisión de las entidades públicas en el proceso de selección, de suyo no convierte el acto atacado en ilegal, por la potísima razón que acceder al nombramiento hubiera desconocido un mejor derecho de quien con antelación, y mediante un acto administrativo ejecutoriado, había sido inscrito en el registro de carrera como titular del mismo; y si bien la convocatoria como norma reguladora de todo concurso público de méritos, obliga a la administración, en este caso se está frente a un hecho especialísimo, en el cual existe una imposibilidad manifiesta de acceder al nombramiento en período de prueba, resultando aplicable el principio “nadie está obligado a lo imposible”, por lo que la Contraloría Municipal no podía nombrar a alguien en un cargo que estaba y está ocupado en propiedad, por más falta de diligencia que se haya evidenciado en el trámite del concurso.

Considera claro que como se alega desde el extremo activo del litigio, existe una vulneración al principio de confianza legítima, pero la misma no tiene la entidad para mutar la legalidad del acto demandado, en cuanto obrar en tal sentido sería ir en contra de derechos más antiguos, en este caso del particular demandado, máxime cuando no se demandó el acto que le confirió derechos de carrera.

Concluyó el juzgador de primera instancia que, al no haber sido desvirtuada la legalidad del acto acusado, se imponía despachar en forma desfavorable las súplicas de la demanda, *“no porque la administración no haya cometido irregularidades en el proceso de selección, pues es evidente que el haber ofertado una vacante sobre la cual un tercero ostentaba derechos de carrera constituye un craso error que debía haber sido advertido y subsanado antes de dejar avanzar y finiquitar el concurso, sino porque a través de este medio de control se analiza y discute la integridad del acto demandado frente a las normas en que debía fundarse y, en esa dirección, el acto garantizó los derechos de quien los había adquirido con anterioridad al concurso mismo, por lo cual no puede ser tildado de ilegal”*.

VII. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, a través de escrito obrante a folio 266 y s.s. del cd 1, formula

recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, con miras a su revocatoria y a que se profiera sentencia en favor de las súplicas de la demanda, con restablecimiento del derecho deprecado por el actor, lo cual fundamenta, en síntesis, en que la acción a impetrar tenía que ser la de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la cual se busca impugnar la legalidad del acto contentivo de la voluntad de la administración y, en segundo lugar, que el resarcimiento de los perjuicios irrogados al actor, producto de la negativa para su nombramiento, se fundamenta en que el acto demandado es ilegal, por cuanto desconoce su propia voluntad, así como quebranta preceptos legales y constitucionales, lo cual es violatorio del derecho de defensa y contradicción.

Señala que el demandante sí cumplió con todos y cada uno de los requisitos para acceder a la carrera administrativa, en cuanto participó y ganó en franca lid un concurso de méritos, hizo parte de la lista de elegibles y ocupó el primer lugar, por lo que dicha lista de elegibles es un acto administrativo particular y concreto creador de derechos para el demandante, los cuales encuentran protección legal como constitucional por virtud del artículo 58 superior. Que así, la Contraloría Municipal de Pereira desconoció el principio establecido en el artículo 125 de la C.P, y la jurisprudencia que frente al tema ha establecido las reglas que se deben seguir una vez iniciada la convocatoria y ante la firmeza de la lista de elegibles.

Refiere que, sin temor a equívocos, la Contraloría Municipal de Pereira con el acto acusado violó flagrantemente el contenido del artículo 29 constitucional, toda vez que con la expedición del oficio de marras que motiva la presente demanda, se desconocieron las reglas del concurso, así como los más elementales principios del derecho de defensa y contradicción y el principio constitucional de la confianza legítima. Explica que la negativa al nombramiento del actor, infringe abiertamente el contenido de tales principios, en el entendido que el demandante confió en la institucionalidad, confió no en un particular sino en una institución quien ofertó públicamente una OPEC para que el administrado pudiese ingresar a la carrera administrativa, con lo cual generó perjuicios al actor, como se demuestra con las pruebas testimoniales recaudadas, según las cuales el demandante ha venido padeciendo una serie de afugias económicas por falta de empleo estable y que éste tenía sus esperanzas fijadas en dicha convocatoria, y que ha padecido aflicción y congoja por la negativa para su nombramiento en carrera administrativa, incluso a su hijo, situación que no fue valorada por el *a quo*.

Refiere que la providencia objeto de alzada deja ver entre líneas que la acción que debía impetrarse es la acción de reparación directa, criterio que no comparte la parte actora, por cuanto se está frente a unos actos administrativos que a todas luces son ilegales y que han desconocido derechos adquiridos por el actor, pero si esta argumentación no fuere de recibo, es deber constitucional de los jueces, interpretar la demanda y juzgar con la verdad, desentrañando el verdadero sentir de la causa petendi.

Indica que si el juez de primera instancia, encontró probado el perjuicio irrogado al señor Jairo Arenas Osorio, tal y como lo registró en la providencia refutada, debió reconocerlo y repararlo, dado que precisamente lo que busca el administrado de la justicia es evitar a cualquier costa que se cometan injusticias y soportar perjuicios que no tiene por qué hacerlo el asociado.

Argumenta haber sido reiterativo el juez de primera instancia en advertir que, en el presente asunto, se causaron unos perjuicios, y que en efecto el señor Arenas Osorio tiene unos derechos adquiridos, razón de peso para que el juez con su facultad-deber hubiese otorgado el derecho por ejemplo en otro cargo de similares características, de conformidad con las peticiones de la demanda, para que así se le hubiese salvaguardado el derecho al trabajo.

VIII. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A la convocatoria debida que se dio mediante auto del 17 de septiembre de 2019 (fl. 288), concurrió **la Contraloría Municipal de Pereira** con escrito obrante a folios 291 y s.s. del expediente, en el cual insistió en que es clara la legalidad del acto administrativo demandado, ya que fue el resultado de las actuaciones adelantadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales deben ser cumplidas por la Contraloría Municipal de Pereira, en razón de la expedición de la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, que actualizó el registro público de carrera administrativa del señor Reinaldo Tabares Ruiz al empleo Técnico Operativo Código 314, grado 08, por lo que la Contraloría expide la resolución No. 007 del 15 de enero de 2014, por medio de la cual se asigna dicho cargo al referido señor Tabares Ruiz, resultando evidente que la expedición del acto administrativo acusado oficio 00832 del 07 de septiembre de 2015 correspondió exclusivamente al cumplimiento de un deber legal y a lo ordenado por la referida resolución 2005 de 2013 emanado de la

misma Comisión, sin que pudiera la Contraloría desconocer los derechos que ya había adquirido el señor Tabares, encontrándose en la imposibilidad de nombrar al demandante.

Refiere que en el presente caso la parte demandante no logró probar ni por lo menos generar duda acerca de la ilegalidad del acto administrativo cuya nulidad pretende; no obstante lo anterior, solicita que en caso de una eventual condena se tengan en cuenta los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, para la liquidación de salarios y de prestaciones dejados de percibir por el demandante, así como lo indicado por él mismo en el interrogatorio de parte y pruebas que obran dentro del proceso, en el sentido que ha prestado servicios a la Gobernación de Risaralda y al municipio de Pereira, factores que deberán tenerse en cuenta en caso de una posible condena.

Concluye que no deben prosperar las pretensiones del recurso interpuesto y que debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

La parte demandante acudió con escrito visible a folio 295 y s.s., para reiterar lo expuesto en el recurso de apelación y solicitar se revoque la sentencia de primer grado, en cuanto considera que sí cumplió con todos y cada uno de los requisitos para acceder a la carrera administrativa, esto es, participó y ganó el concurso de méritos, hizo parte de la lista de elegibles y ocupó el primer lugar para ser llamado a ocupar el cargo por el cual concursó, por lo que dicha lista de elegibles es un acto administrativo particular y concreto creador de derechos para el actor, que deben ser objeto de protección y efectividad.

IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.

Agotado el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación que hasta ahora se ha surtido, aborda esta Corporación Judicial la decisión sobre el asunto debatido, para lo cual es competente en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN.

Corresponde analizar al Tribunal en la presente instancia, ceñido a los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, si el acto administrativo demandado -oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015- expedido por la Contraloría Municipal de Pereira, se encuentra o no viciado de nulidad por los cargos invocados en la demanda; en caso afirmativo, se deberá establecer si es procedente el nombramiento del señor Jairo Arenas Osorio, en el cargo de Técnico Operativo Código 314, grado 08) o en uno de igual o similar categoría, teniendo en cuenta la lista de elegibles dispuesta por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015, y si hay lugar al consecuente reconocimiento y pago de salarios y prestaciones laborales no devengados por el actor desde cuando debió efectuarse el nombramiento y hasta cuando sea efectivo el mismo, sin solución de continuidad, así como de la indemnización por los perjuicios morales reclamados.

Igualmente deberá definirse si, de acuerdo al libelo introductorio, la Comisión Nacional del Servicio Civil es solidariamente responsable de los perjuicios que se hubieren causado al demandante, por el hecho de no haber ejercido el poder que le otorga la Constitución y la ley para hacer cumplir la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 emanada de la misma Comisión.

A lo anterior se opone únicamente la Contraloría Municipal de Pereira aduciendo que existe una circunstancia que legalmente impide acceder a lo pretendido, por cuanto en virtud de una actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa, el cargo ya estaba siendo ocupado en propiedad por otra persona, por el codemandado Reinaldo Tabares Ruiz.

3. ACERVO PROBATORIO.

Obran en el expediente los siguientes elementos de prueba que resultan relevantes para la decisión que habrá de adoptarse:

Mediante Acuerdo 482 del **02 de octubre de 2013**⁴ la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto para proveer los empleos vacantes de la

⁴ Visible a folio 124 y s.s. del cd. 1.

carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira – Convocatoria 305 de 2013- y estableció como empleos vacantes de la oferta pública, 19 cargos entre los cuales estaba en el nivel técnico uno (1) de Técnico Operativo código 314, grado 8.

En el artículo 4º de la convocatoria, se dispuso la estructura del proceso; en su artículo 5 los principios orientadores del mismo; en el artículo 6 las normas que rigen el concurso, entre las cuales estaba enlistado el mismo Acuerdo. En su capítulo VIII (artículos 40 a 50), se regula lo concerniente a la lista de elegibles y en el capítulo IX el período de prueba (artículos 51 a 53).

A folio 142 y s.s., reposa la resolución No. 0001 del **05 de enero de 2009**, por medio de la cual se incorpora a la planta de cargos de la Contraloría Municipal de Pereira, adoptada en la resolución No. 237 del 31 de diciembre de 2008 (fl. 138 y s.s.), a varios funcionarios que venían prestando sus servicios en la Contraloría, entre otros el señor Tabares Ruíz Reinaldo (codemandado), en el cargo de Técnico Operativo código 314, grado 08.

A folio 144 y s.s. obra copia de la resolución No. 1330 del **20 de abril de 2012**, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual, a solicitud del Subcontralor Municipal de Pereira Carlos Alberto Gallego Suarez, en fecha **30 de octubre de 2007**, se resuelve en forma negativa la actualización en el registro público de carrera administrativa respecto del señor Reinaldo Tabares Ruiz, entre otros, en el empleo Técnico Operativo código 314, grado 08.

Igualmente, obra copia del recurso de reposición formulado por el señor Reinado Tabares Ruiz⁵ en contra de la anterior resolución, el cual fue desatado a través de la resolución No. 2005 del **11 de septiembre de 2013**⁶, *“Por la cual se repone la Resolución No. 1330 de abril 20 de 2012 que negó la actualización del señor Reinaldo Tabares Ruiz en el Registro Público de Carrera Administrativa”*, en los siguientes empleos: “Técnico código 401 grado 10, Técnico código 401 grado 02, Técnico código 401 grado 07 y Técnico Operativo código 314 grado 08”.

A folio 220 del cd. 1-1, obra constancia expedida por la Secretaría General de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se hace constar que la

⁵ A folio 148 y s.s.

⁶ Visible a folio 151 y s.s.

resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, quedó ejecutoriada el **24 de septiembre de 2013**.

Consta también a folio 100 y s.s., que mediante la resolución No. 3048 del **22 de junio de 2015** la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó y adoptó la **lista de elegibles** (conformada por cinco personas) para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado Técnico Operativo, código 314, grado 08 de la Contraloría Municipal de Pereira, ofertado a través de la convocatoria No. 305 de 2013, bajo el No. 203283, en la cual aparece **en primer lugar el demandante Jairo Arenas Osorio**, con un puntaje de 65.10, la cual cobró firmeza el 04 de agosto de 2015⁷. En el artículo séptimo de dicha resolución (fl. 101), se estipuló que dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que la lista de elegibles quede en firme, deberá producirse por parte del nominador de la entidad, el nombramiento en período de prueba en razón al número de vancantes ofertadas.

El día 25 de agosto de 2015⁸, el señor Jairo Arenas Osorio elevó petición al señor Contralor Municipal de Pereira, para que con fundamento en la resolución 3048 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectuara su nombramiento en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08, al haber ocupado la primera posición en la lista de elegibles, de conformidad con la convocatoria 305 de 2013; a lo cual dio respuesta desfavorable el Contralor Municipal de Pereira, mediante el enjuiciado oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015 (fl. 7), indicándole al actor que no es posible su nombramiento en el cargo referido, toda vez que de acuerdo al acto administrativo emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, fue nombrado en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08, el señor Reinaldo Tabares Ruiz, según actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa.

A folio 16 y s.s. se encuentra copia del oficio 2015EE32051 del 11 de noviembre de 2015, suscrito por la Gerente de Convocatoria Contralorías Territoriales de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4. ANÁLISIS JURÍDICO PROBATORIO.

Pretende la parte demandante el nombramiento en el cargo de Técnico Operativo

⁷ Así se hace constar por la CNSC con oficio obrante a folio 102 del cd. 1.

⁸ Folio 6

Código 314, grado 08 o en uno de igual o similar categoría, conforme la lista de elegibles adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015, y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones laborales y de indemnización por los perjuicios morales que dice haber sufrido, como restablecimiento consecuencial a la nulidad sustancial del acto administrativo acusado.

En primera instancia fueron denegadas las pretensiones de la demanda, al considerar el *a quo* que, aunque se evidencian irregularidades en el proceso de selección, al haber sido ofertada una vacante sobre la cual un tercero ostentaba derechos de carrera, lo cual constituye un craso error que debía haber sido advertido y subsanado antes de dejar avanzar y finiquitar el concurso, el acto administrativo demandado no transgrede las normas en que debía fundarse y por el contrario garantizó los derechos de quien los había adquirido con anterioridad al concurso.

La parte demandante insiste, vía impugnación de la anterior providencia, en que le asiste el derecho pretendido, que el medio de control incoado sí es procedente para hacer valer tales derechos, ya que con ocasión de la expedición, por parte de la Contraloría Municipal de Pereira, del oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015 (fl. 7), negativo de su nombramiento en período de prueba en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08, para el cual concursó y ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, se desconoció el Acuerdo base del concurso y además sus derechos fundamentales al debido proceso, y al trabajo, así como el principio de confianza legítima, por lo cual es procedente declarar su nulidad y acceder al restablecimiento del derecho reclamado; a lo cual se opone la Contraloría Municipal de Pereira aduciendo una circunstancia que legalmente lo impedía, como era que en virtud de una actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa, el cargo ya estaba siendo ocupado en propiedad por otra persona en este caso por el demandado Reinaldo Tabares Ruiz.

Para resolver el problema jurídico que ha quedado planteado, analizará el Tribunal (i) el marco jurídico del derecho de acceso a cargos públicos- concurso de méritos y lista de elegibles (ii) el derecho a la igualdad, al debido proceso administrativo y el principio constitucional de confianza legítima, en el marco de las actividades estatales y (iii) análisis del caso concreto, para determinar si al demandante le asiste el derecho pretendido.

Antes de avanzar sobre los temas antes señalados, precisa esta magistratura que está dada la idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado frente al acto administrativo enjuiciado, por cuanto de conformidad con el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011⁹, este instrumento de control sí resulta ser procedente para el análisis y decisión de la pretensión anulatoria del acto administrativo acusado -oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015- el cual contiene una declaración de voluntad de la Contraloría Municipal de Pereira, negativa del nombramiento en período de prueba solicitado por el actor, en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 08 para el cual concursó y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil; así como esta misma acción es viable para estudiar las pretensiones consecuenciales formuladas a título de restablecimiento del derecho subjetivo lesionado con el acto demandado, tanto de orden laboral como la reparación del daño que se señala irrogado.

4.1. Marco Jurídico del derecho de acceso a cargos públicos- concurso de méritos - lista de elegibles.

El derecho a ocupar cargos públicos, en principio, está supeditado al mérito, expresado en las convocatorias y concursos que se efectúan para seleccionar a quienes demuestran las mejores capacidades, idoneidad y competencias en referencia a la oferta requerida, cuyo proceso se caracteriza por ser objetivo e imparcial, y estar al alcance de toda persona que cumpla con los requisitos para aspirar a tales cargos.

En efecto, el artículo 125 de la Carta Política establece como regla general 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*". Igualmente, precisa que "*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo*

⁹ "ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

En el mismo sentido, la Ley 909 de 2004¹⁰, en su artículo 2º prevé dentro de los principios que orientan el ejercicio de empleo público que: “1. *La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad*”, y “2. *El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley*”.

En relación con la entidad encargada de llevar a cabo la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, la Constitución Política en su artículo 130 establece que “*Habrá una **Comisión Nacional del Servicio Civil** responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial*”, siendo definida la naturaleza de dicha entidad en el artículo 7º de la referida ley, así:

“ARTÍCULO 7o. NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. *La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*

Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad...”

Las actuaciones que debe llevar a cabo dicha entidad deben estar revestidas de parámetros o reglas que orientan la realización de todo concurso de méritos, contenidas en la convocatoria, a cuyas directrices han de someterse tanto la administración como los participantes; por tanto, como en ella se establecen los parámetros que guiarán el proceso de selección, es por eso que los participantes,

¹⁰ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

en virtud de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

Al respecto la Corte Constitucional en **sentencia C-588 de 2009**, además de considerar que “*dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa (...) contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales, y en el caso presente, la carrera administrativa no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al **cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad**, todo lo cual demuestra que en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución (...)*”, afirmó categóricamente que en el desarrollo de un concurso público de méritos “*cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos*”.

Igualmente la Corte, respecto de la invariabilidad de las **reglas del concurso**, en sentencia **SU-913 de 2009** señaló que “*...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.*”

Sobre el tema de la inmutabilidad de las reglas del concurso, el respeto y la obligatoriedad de la **lista de elegibles**, la Corte Constitucional en sentencia **T-180 de 2015**, puntualizó:

“El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva¹¹, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer

¹¹ Cfr. Sentencia SU-133 de 1998: “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”.

los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo¹².

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso¹³, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal¹⁴. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.

(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.

(iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa¹⁵.

¹² Cfr. Sentencia T-556 de 2010.

¹³ Cfr. Sentencia T-514 de 2001: "el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos".

¹⁴ Cfr. Sentencia T-090 de 2013. En esa providencia se refirió que de acuerdo con la Sentencia C-040 de 1995, reiterada en la Sentencia SU-913 de 2009, las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: "(i) **La convocatoria**: Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) **Reclutamiento**: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) **Aplicación de pruebas e instrumentos de selección**: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) **elaboración de lista de elegibles**: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido". (Negritas del texto original).

¹⁵ Sobre las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007, al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el

(iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe¹⁶. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él¹⁷.

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante”. (Negrillas de la Sala).

A su turno la Ley 909 de 2004, en el numeral 4 del artículo 31 señalaba sobre la lista de elegibles que con los resultados de las pruebas, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una duración de dos (2) años, advirtiendo que con “*ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso*”:

Sobre el particular, es pertinente señalar que esta norma fue modificada por el artículo 6 de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, que indica ahora:

Gobierno Nacional al proyecto de ley núm. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, “por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000”, manifestó que “la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; (...)”.

¹⁶ Sentencia T-502 de 2010.

¹⁷ Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2 (...) 3 (...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.” (Negritas y subrayas de la Sala).

Frente a lo anterior la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, sobre el “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”, referente al régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, el cual conforme a la complementación de fecha 06 de agosto de 2020 en lo pertinente quedó de la siguiente manera:

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.” (Subrayas del texto original).

4.2. El concurso de méritos - debido proceso administrativo- confianza legítima - derecho al trabajo.

En relación con el derecho al debido proceso y el derecho al trabajo, en materia de concurso de méritos, la Corte Constitucional en la sentencia SU-133 de 1998, señala que **“...se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas-y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada al acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y**

*probablemente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.*¹⁸ (Negrillas y subrayas de la Sala).

El **debido proceso** es considerado un principio integral e integrador, en cuanto se compone a su vez de otros principios constitutivos, entre los cuales se encuentran el derecho a la defensa y el principio de legalidad, que interesan a este plenario, entre otros¹⁹

El alto tribunal constitucional ha definido el derecho al debido proceso administrativo como: *“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”*²⁰, y se ha considerado que comprende, entre otros, los derechos (i) a ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a gozar de la presunción de inocencia; (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso²¹.

Es así como el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas referentes a la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, impone a la administración la aplicación invariable de las reglas de juego establecidas en la convocatoria al concurso, sin que le sea dado sorprender al administrado con disposiciones ajenas o distintas a las contempladas previamente.

Y en lo atinente al **derecho al trabajo**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo

¹⁸ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁹ el derecho de acceso a la administración de justicia, el principio de legalidad en la obtención de las pruebas, el derecho a la prueba, el derecho a la valoración no arbitraria de la prueba, los principios de contradicción, prohibición de reforma peyorativa o no reformatio in pejus, los principios de juez natural o juez competente, de imparcialidad, de inmediatez, de la doble instancia, de publicidad, de celeridad o no dilación injustificada, y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho o non bis in idem.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-796 de 2006

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010.

125 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha sostenido que este derecho tiene una doble dimensión: individual, que se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas y, colectiva, que implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa. Así, el derecho al trabajo se constituye como uno de los valores esenciales de la organización política y fundamento del Estado social de derecho, reconocido como derecho fundamental, que debe ser protegido en todas sus modalidades y asegurar el derecho de toda persona al desempeño en condiciones dignas y justas²².

El principio constitucional de **confianza legítima**, de acuerdo con el artículo 83 de la Carta Magna, se fundamenta en que *“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”*.

La Corte Constitucional ha dicho al respecto²³

“Este principio, que se aplica a todas las relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas, es entendido como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares, entre sí y ante aquellas. En otras palabras, “permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de un determinado nivel de estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener un alto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo””.

La Corte ha señalado que como corolario de la máxima de la buena fe se han desarrollado los principios de confianza legítima y de respeto por el acto propio que, aunque íntimamente relacionados, cuentan con identidad propia. Desde sus primeros pronunciamientos la Corte ha sostenido que la confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, “cuando la administración pública ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones...” (Subrayas de la Sala).

Y específicamente en lo referente al principio de confianza legítima en el marco de los concursos de mérito, la guardian de la constitución, en sede de tutela²⁴, ha señalado que este tipo de procedimiento administrativo genera en el administrado la seguridad en que, en primer lugar, la entidad dispone del cargo ofertado o que es

²² Sentencia T- 611 de 2001

²³ Sentencia T-311 del 2016

²⁴ Sentencia T-267 de 2011

objeto de concurso y, en segundo término, que dicho cargo será ocupado por quien resulte airoso en la contienda de méritos:

*“El principio de confianza legítima se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Carta que establece: “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”. Esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los particulares gocen de la certeza de que la actuación de los entes públicos habrá de cumplirse conforme al ordenamiento jurídico, lo cual se justifica en la posición de superioridad que tiene el Estado frente a los administrados. Una de las esferas en donde se configura esta expectativa es **en la apertura a convocatorias públicas para proveer cargos**. En estos casos es claro que **los particulares acuden con la confianza mínima en que la entidad tiene la disponibilidad de los cargos en su planta de personal y que la plaza a la que están aplicando será ocupada por el mejor aspirante** (mérito como elemento esencial de la carrera), salvo que ninguno de los participantes cumpla con los requisitos o que deba declararse desierto el concurso por cuestiones excepcionales, imperiosas y fundamentadas legalmente. Esta situación se debe a que si la entidad asume el desgaste institucional que implica el proceso de selección, lo cual incluye utilización de recursos y el sometimiento de los aspirantes al cumplimiento de requisitos complejos, es porque previamente ha determinado y justificado las “necesidades de la fuerza”. (resaltó el Tribunal).*

Conforme las disposiciones normativas y jurisprudenciales que anteceden y a la luz del material probatorio que hace parte del expediente, examinará la Sala de Decisión si en el *sub examine* el proceso administrativo de concurso de méritos que interesa al proceso, fue adelantado con sujeción a los principios y reglas que rigen este tipo de actuaciones, con miras a determinar si el resultado del mismo redundó en garantía de los derechos del demandante.

4.3. Análisis del caso concreto.

Se encuentra acreditado en el plenario que, mediante el Acuerdo 482 del **02 de octubre de 2013**²⁵ la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto para proveer los empleos vacantes de la carrera administrativa de la Contraloría Municipal de Pereira – Convocatoria 305 de 2013 -; que en dicho acto se estableció como empleo vacante de la oferta pública, entre los 19 ofertados, uno (1) de Técnico Operativo código 314, grado 8, para el cual concursó el actor. Dicho Acuerdo tuvo como fundamento, entre otros, la Oferta Pública de Empleos que fuera certificada por los señores Contralor y Subcontralor de la Contraloría Municipal de Pereira²⁶.

²⁵ Visible a folio 124 y s.s. del cd. 1.

²⁶ Así se hace constar en su parte considerativa fl 124 vto.

En el mismo Acuerdo se señaló (artículo 14) que, hasta antes de iniciarse las inscripciones de los aspirantes en el proceso de selección, la convocatoria podía ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo que al efecto fue además advertido por la Comisión Nacional del Servicio Civil al Contralor Municipal de Pereira de la época, mediante oficio No. 36336 del 07 de octubre de 2013 (fl. 123 con vto).

Respecto a la firmeza de la lista de elegibles y el período de prueba, dispuso:

“Artículo 46. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES: Una vez en firme las listas de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio Civil remitirá a la Contraloría los actos administrativos por medio de los cuales se conformaron las listas de elegibles para los diferentes empleos de la convocatoria y los publicará en la página web www.cnsc.gov.co, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación en la página web www.cnsc.gov.co, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada”

Y sobre el período de prueba señaló:

“ARTÍCULO 51. PERÍODO DE PRUEBA, EVALUACIÓN Y EFECTOS: Una vez publicados los actos administrativos que contienen las respectivas listas de elegibles debidamente ejecutoriadas, el nominador deberá dentro de los diez (10) días hábiles siguientes producir el acto administrativo de nombramiento en estricto orden de mérito y en período de prueba, el mismo que tendrá una duración de seis (6) meses.”

Aprobado dicho período, por obtener calificación mínima satisfactoria o superior en la evaluación del desempeño laboral, el empleado adquiere derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente por resolución motivada emitida por el nominador...”

Igualmente, quedó acreditado que, previo a la expedición del Acuerdo de convocatoria No. 482 del 02 de octubre de 2013 y aun antes de su publicación²⁷, se había iniciado un trámite administrativo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil por parte de la Contraloría Municipal de Pereira, desde el **30 de octubre de 2007** por solicitud del Subcontralor Municipal, tendiente a obtener la actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa del señor Reinado Tabares Ruiz, trámite que dio génesis a la expedición de las resoluciones No. 1330 del **20 de abril de**

²⁷ La cual se surtió el 04 de octubre de 2013 en la página web de la CNSC – según oficio visible a folio 123.

2012, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se resolvió en forma negativa la actualización y que culminó también antes de la convocatoria 482 con la expedición de la resolución No. 2005 del **11 de septiembre de 2013**²⁸, “Por la cual se repone la Resolución No. 1330 de abril 20 de 2012 que negó la actualización del señor Reinaldo Tabares Ruiz en el Registro Público de Carrera Administrativa”, en los siguientes empleos: “Técnico código 401 grado 10, Técnico código 401 grado 02, Técnico código 401 grado 07 y Técnico Operativo código 314 grado 08”, última que quedó ejecutoriada el día **24 de septiembre de 2013**, ocupando por ello el último cargo en propiedad el señor Reinaldo Tabares Ruiz.

Pese a lo anterior, la Contraloría Municipal de Pereira sometió a concurso de méritos el cargo de Técnico Operativo código 314 grado 08, para el cual se inscribió el demandante, procedimiento que surtió todas las etapas del concurso hasta la expedición de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la resolución No. 3048 del **22 de junio de 2015** para proveer la vacante ofertada donde aparecía en primer lugar el demandante Jairo Arenas Osorio, con un puntaje de 65.10, la cual cobró firmeza el **04 de agosto de 2015**²⁹.

Se acreditó igualmente que ante petición formulada por el actor el día 25 de agosto de 2015³⁰, en la cual solicitó su nombramiento en el cargo referido, por ocupar la primera posición en la lista de legibles, la entidad negó dicho nombramiento mediante el oficio acusado No. 00832 del 07 de septiembre de 2015, aduciendo en esencia que no era posible por cuanto en virtud de la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cargo ya lo ostentaba el señor Reinaldo Tabares Ruiz, por actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Conforme a lo anterior, estima esta colegiatura judicial, tal como lo adujo el *a quo*, que la Contraloría Municipal de Pereira en el trámite del concurso 482 del 02 de octubre de 2013, incurrió en irregularidades al haber ofertado y sometido a concurso de méritos un cargo sobre el cual un tercero ostentaba, incluso desde antes de la convocatoria misma, derechos de carrera en virtud de una actualización en el registro público de carrera administrativa, y más aun que, siendo concedora de tal

²⁸ Visible a folio 151 y s.s.

²⁹ Así se hace constar por la CNSC con oficio obrante a folio 102 del cd. 1.

³⁰ Folio 6

situación, se resalta, desde mucho antes la apertura del concurso mismo, la entidad certifica la OPEC correspondiente. De este modo, el ente de control no advierte a tiempo la situación referida, ni tampoco emprende actuación alguna con posterioridad, para conjurar lo atinente a una oferta que estaba comprometiendo sus obligaciones.

En clara infracción del Acuerdo 482 (art. 12) como norma reguladora que es “ley para las partes” en concurso, y aun de la normatividad (artículo 14 del Decreto 1227 de 2005), no modifica la oferta y deja avanzar el concurso en todas sus etapas hasta la expedición de la lista de elegibles, en la cual el actor se encontraba en primer lugar de puntuación, para posteriormente negarle su nombramiento por concurso, precisamente por una circunstancia de la cual era ampliamente conocedora la entidad de mucho tiempo atrás (2013) como era la actualización en el registro de carrera en el cargo ofertado en favor del señor Reinaldo Tabares Ruiz.

Para la Sala, contrario a lo que concluyó el juzgador de instancia, la negativa de la Contraloría Municipal de Pereira, plasmada en el oficio acusado, respecto de proveer al nombramiento solicitado por el actor en período de prueba, en el cargo para el cual concursó y obtuvo el mejor puntaje, muy a pesar que el cargo lo ostentara otra persona, incluso desde antes del inicio del concurso en virtud de la expedición de la resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013 por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se actualizó en el Registro Público de Carrera Administrativa al señor Reinaldo Tabares Ruiz, comporta a todas luces una violación flagrante de los derechos al debido proceso, al trabajo -acceso a la carrera administrativa- y al principio de confianza legítima del señor Jairo Arenas Osorio, lo cual no puede pasar desapercibido de cara al derecho pretendido.

Lo anterior, por cuanto la Contraloría Municipal de Pereira, pese a conocer la situación irregular y las consecuencias jurídicas que podía comportar para los participantes del concurso, como es el caso del demandante, mantuvo la oferta del cargo de Técnico Operativo código 314 grado 08, para el cual se inscribió el actor, y permitió que el procedimiento surtiera todas las etapas del concurso hasta la expedición de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 para proveer dicha vacante ofertada en la que ocupó el primer lugar el demandante Jairo Arenas Osorio, y finalmente permitió que dicha lista adquiriera firmeza el 04 de agosto de 2015; para decidir con posterioridad, el 07 de septiembre de 2015, a través del oficio

enjuiciado, que no era posible el nombramiento del demandante en razón de dicha circunstancia.

De esta manera la Contraloría Municipal de Pereira desconoció las reglas aplicables al concurso de méritos, las cuales eran inmodificables y debían ser respetadas; violó el principio de transparencia y publicidad que debe regir las actuaciones de la administración, sorprendió al demandante que se sujetó a ellas de buena fe, con una negativa no establecida en el concurso ni en la ley para la provisión del cargo, pese a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles que había cobrado firmeza y por tanto, le otorga un derecho adquirido al actor, que no podía ser desconocido. Así mismo, lesionó el derecho al trabajo del demandante cuando se le priva del acceso en período de prueba al cargo para el cual concursó, a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que al ganar el concurso y ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, sería nombrado en el cargo, pero la entidad se abstuvo de hacerlo esgrimiendo una circunstancia que, aun siendo cierta, conocía desde antes del concurso. Igualmente, se desconoce el principio de confianza legítima cuando la Contraloría Municipal de Pereira como *autoridad pública que debe ceñirse a los postulados de la buena fe*, cuando crea unas expectativas favorables para el actor, pero cimentadas en un hecho inexistente como era la vacancia definitiva del cargo ofertado, para luego aducir esa situación con base en la cual lo sorprende con una negativa para su nombramiento, cuando de conformidad con el Acuerdo de convocatoria que es la ley del concurso, y con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ante la firmeza de la lista de elegibles, el concursante alcanza un derecho adquirido, al cual no le es oponible la circunstancia invocada por la entidad demandada.

Menos aún era oponible al demandante la situación en referencia, cuando no estaba fundada en la aplicación del orden establecido en la ley (Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”), que señala el siguiente orden para la provisión definitiva de empleos de carrera:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el

cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad...". (Negrillas de la Sala).

De tal manera que a la entidad nominadora no le era dado negar los efectos del concurso de méritos que había sido convocado, tramitado y concluido con la firmeza de la lista de elegibles, cuando este acto le imponía proveer el cargo con la persona que había ocupado el primer lugar en dicha lista, para el momento en que debía producirse el nombramiento, que en este caso correspondía a una vacante anunciada y mantenida durante todo el concurso, todo lo cual compromete la responsabilidad de la Contraloría Municipal de Pereira.

La Sala no desconoce que el argumento expuesto por la Contraloría para abstenerse de nombrar al actor, como es la actualización en el registro público de carrera administrativa del señor Reinaldo Tabares Ruiz en el cargo para el cual concursó el actor, mediante la resolución 2005 de 2013, corresponde a la realidad, y que se trata de un acto administrativo expedido con anterioridad al inicio del concurso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se encuentra en firme, y que goza de la presunción de legalidad de no haber sido suspendido o anulado por esta jurisdicción, del cual puede derivarse una situación particular y concreta para el codemandado.

No obstante, para el Tribunal, contrario a como lo dedujo el *a quo*, el referido hecho –actualización en el registro del señor Tabares Ruiz- no se constituye en una justificación para que la entidad se ampare en su propio yerro y lo oponga como imposible jurídico para nombrar al actor en un cargo que no podía ser ofertado, pero que lo fue con el efecto de un derecho adquirido en favor del concursante airoso que ahora acude en demanda, sin perder de vista que dicha situación tuvo origen en las propias omisiones de la entidad. Con todo, tales aspectos en modo alguno tornan conforme a derecho el acto administrativo acusado, que fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, como era el acuerdo de convocatoria que es ley para las partes, la Ley 909 de 2004 que alude a la obligatoriedad de la lista de elegibles, el Decreto 1083 de 2015 que señala el orden

para la provisión definitiva de empleos de carrera, en favor de quien hubiere ocupado el primer lugar en la lista de elegible, como es el caso del demandante. Igualmente, dicho acto fue expedido con infracción de los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, y con desconocimiento del principio de confianza legítima del actor en los efectos del concurso de mérito, razón por la cual habrá de declararse la nulidad del acto administrativo enjuiciado.

En cuanto a las pretensiones consecuenciales o de restablecimiento del derecho, en el proceso se recaudaron -audiencia de pruebas³¹- a instancia de la parte demandante, las pruebas testimoniales de los señores Juan Carlos Vélez Franco y Héctor Vélez Giraldo, así como interrogatorio de parte del actor a instancia de la demandada Contraloría Municipal de Pereira (fl.CD – fl. 232):

El testigo Juan Carlos Vélez Franco, manifestó conocer al demandante desde niño, ser vecinos y haber sido compañero de trabajo en la Personería Municipal de Pereira, cuando el declarante fue personero; refirió tener conocimiento que el actor concursó para un cargo en la Contraloría Municipal de Pereira, en el cual luego de llevarse a cabo todas las etapas no fue nombrado porque en el cargo existía otra persona; manifestó el declarante que tal circunstancia le generó emocionalmente dificultades y tristeza al demandante, pese a tener el derecho, precisando que también le trajo dificultades económicas, porque para la época en que lo tenían que nombrar no estaba trabajando pese a estar ayudando en la parte contable a unos familiares que tenían taxis y volquetas, por lo cual recibía una ayuda económica que no era suficiente, por cuanto éste sostenía a sus padres y un hijo que estudiaba en la universidad. También señaló desconocer si éste se encontraba trabajando o tener vínculo con una entidad estatal.

El testigo Héctor Vélez Giraldo, manifestó conocer al demandante desde hace nueve años aproximadamente, por haber laborado con su sobrino Juan Carlos Vélez Franco, quien fue Personero de Pereira; que tuvo conocimiento de la negativa de la Contraloría Municipal de Pereira para nombrar al actor en un cargo para el cual había concursado, así como que tal circunstancia trajo repercusiones económicas por cuanto estaba sin trabajo y tenía un hijo que debía sostener, también señaló conocer que el demandante le ayudaba a un hermano que tenía volquetas quien le ayudaba económicamente, refiriendo que por su situación de

³¹ Realizada el día 26 de octubre de 2017 – folio 229 y s.s.

apuros económicos lo ha visto muy preocupado; por otro lado desconoce que el demandante tuviera vínculos contractuales con entidades públicas.

Y el demandante Jairo Arenas Osorio, en interrogatorio de parte, refirió ser Tecnólogo en Gestión Empresarial, que se ocupa para el momento en cosas varias, que no ha desempeñado cargos públicos con posterioridad a la fecha de la negativa de la Contraloría para nombrarlo cargo en propiedad; indica que le ha ayudado a un hermano para devengar algo y contribuir para la casa de sus padres, que de manera intermitente ha tenido contratos de apoyo bajo la modalidad de prestación de servicios, con la Alcaldía municipal de Pereira, más o menos dos contratos, uno de diez y otro de cinco meses, con unos honorarios de 1.500.000 mensuales, y con la Gobernación de Risaralda contrato de apoyo a la gestión en la Secretaría de Educación, también intermitentes con un valor mensual de 1.500.000 mensuales; refirió que en la actualidad cumple un contrato con la Gobernación de Risaralda; sostiene que ha sido muy difícil ubicarse laboralmente, que no devenga ninguna otra prestación, que tiene deudas y que por su situación se han visto perjudicados sus padres.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera esta corporación judicial que la sentencia de primera instancia debe ser revocada para declarar la nulidad del acto administrativo demandado y, como consecuencia de dicha declaratoria, en cuanto al restablecimiento del derecho pretendido, debe tenerse en especial consideración que, sin bien con la decisión de la Contraloría Municipal de Pereira se vulneró el derecho del actor a ser nombrado en período de prueba en el empleo para el cual concursó y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles de la Comisión Nacional del Servicio Civil, acto administrativo de carácter particular y concreto, contentivo de derechos adquiridos para éste, el cual no puede ser modificado o desconocido por gozar de la presunción de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad, por tanto, de obligatorio cumplimiento tanto para los administrados como para la entidad, por cuanto no ha sido demandado, suspendido y menos declarada su nulidad, de lo cual no obra prueba que así permita establecerlo en este plenario, lo cierto es que existe una circunstancia que impide ordenar el nombramiento del actor en período de prueba, toda vez que el cargo para el cual concursó no podía ser ofertado y menos surtirse el trámite y decisión del concurso, ante la inexistencia de la vacante del cargo ofertado, con ocasión de la expedición de otro acto administrativo anterior que goza de presunción de legalidad y que no fue demandado por el actor, en virtud del cual dicho cargo se encuentra provisto en propiedad.

En tal virtud, el restablecimiento del derecho del demandante solo puede estar dirigido a la reparación del daño irrogado, mediante el reconocimiento de los perjuicios morales deprecados, entendidos estos como *“la afectación sufrida de bienes no patrimoniales que causa a una persona un acto contrario a derecho. Con su reconocimiento se busca compensar el dolor antijurídico, el impacto sentimental, que sufrió una persona como consecuencia del proceder del Estado”*³².

Estima este colegiado que es procedente dicha indemnización, en aplicación del principio de reparación integral y en la medida en que dicho perjuicio se encuentra acreditado dentro del proceso, de acuerdo con la prueba testimonial practicada, la cual da fe del dolor, congoja, angustia y aflicción que ha producido al actor la negativa, que se ha señalado ilegal, de la entidad a nombrarlo en período de prueba en el cargo para el cual concursó, impidiéndole el acceso a la carrera administrativa para obtener recursos económicos fijos para su sostenimiento y el de su familia, los cuales conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica, valora la Sala en una suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

La Sala no accederá al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones laborales dejados de percibir por el actor desde cuando debió ser nombrado y hasta cuando debía efectuarse su nombramiento, toda vez que el demandante no habrá de adquirir la condición de empleado público en razón de las circunstancias que han quedado expuestas, sin que proceda tener por superado dicho período de prueba e inferir la causación de emolumentos laborales subsiguientes al mismo.

Respecto de la procedencia del reconocimiento anterior con ocasión de la nulidad del acto administrativo y sobre el restablecimiento ordenado, la jurisprudencia del Consejo de Estado³³, ha señalado:

“Los efectos de la eventual nulidad de los actos administrativos son *erga omnes*, mientras que son *inter partes* en relación con las órdenes de restablecimiento del derecho.

En relación con las condenas de restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos, normalmente devienen de la declaratoria de anulación; es decir, los elementos jurídicos y probatorios pueden estar contenidos en

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00499-01(7150-05), Actor: Samuel Santander Lanao Robles, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³³ Sentencia del 08 de febrero de 2018. Sección Cuarta. Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00281-02(21082). Actor: Sociedad Solanillas S. A. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

el análisis que lleva a declarar la nulidad, como cuando se determina que un acto administrativo modifica una declaración tributaria y se comprueba la ilegalidad del mismo, su restablecimiento da lugar a la firmeza del denunciado tributario sin necesidad de pruebas distintas a las valoradas al momento de establecer la nulidad.

Por su parte, existen casos como en el *sub lite*, en el cual la parte demandante estima que, a más de la nulidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho correspondiente a la devolución de lo pagado indebidamente, la Administración debía pagar la indemnización de los perjuicios ocasionados con los actos administrativos. En este evento, su reclamación va más allá del reintegro de lo pagado, pues propone la verificación de unos hechos que se suscitaron de forma paralela a la actuación administrativa que emprendió el municipio de Santiago de Cali.

Ahora bien, las condenas a título del restablecimiento del derecho son también de tipo indemnizatorio y cabe registrar que en algunas oportunidades, no es posible un restablecimiento al estado anterior de la expedición de los actos administrativos, por lo cual es procedente indemnizar a título de daño emergente o de lucro cesante, según sea el caso. En este orden de ideas, las partes pueden reclamar la reparación de otros daños, en cuyo caso se deberá ejercitar la carga de la prueba, so pena de que no se decreten dichas condenas”. (Negrillas de la Sala)

Y en otro pronunciamiento la misma Corporación³⁴ orientó:

“Quien pretende el reconocimiento de esta clase de perjuicios debe acreditar la ocurrencia de los mismos, salvo en aquellos casos en que se presumen³⁵. Al respecto, se ha indicado que para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, es necesario convencer plenamente al juez de la existencia de un **padecimiento causado con ocasión de la expedición del acto que se demanda**, de tal manera que este, dentro de su discrecionalidad judicial, determine la magnitud del dolor padecido y con fundamento en él, la indemnización a reconocer”.

Definido lo anterior, procede esta corporación judicial a analizar si la entidad codemandada Comisión Nacional del Servicio Civil, como se invoca en el libelo introductorio, es responsable solidariamente de los perjuicios causados a la parte actora, por no haber ejercido el poder que le otorga la Constitución y la ley para hacer cumplir la resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015, emanada de la misma Comisión. Al respecto, observa la Sala de Decisión que en este asunto no se demandó la nulidad de acto administrativo alguno expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sino que su comparecencia obedece a que la parte actora le endilga a esta entidad una solidaridad derivada del perjuicio causado.

Si bien no se discute que la constitución y la ley le imponen unas atribuciones claras a dicha entidad para la administración y vigilancia de las carreras de los servidores

³⁴ Sentencia del 18 de julio de 2018. Sección Segunda Subsección A. CP William Hernández Gómez. Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00207-01(0501-17).Actor: Martha Elena Muñoz Rebolledo.

³⁵ Por cuestiones de parentesco se presumen cuando se produjo la muerte de un ser querido, cuando alguien fue privado de su libertad o cuando existen daños en la salud. Sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014, Sección Tercera. Expediente: 31172.

públicos, y la erige en un órgano de garantía y protección del sistema del mérito, considera el Tribunal que las falencias advertidas en el *sub examine* y que han quedado ampliamente analizadas, no son atribuibles en modo alguno a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cuanto fueron producto exclusivamente del actuar omisivo de la Contraloría Municipal de Pereira, dado que la competencia para la realización del reporte de la OPEC no correspondía a la Comisión Nacional del Servicio Civil, sino de la propia Contraloría, que lo hizo a través de su representante legal y jefe de Talento Humano, sin que le corresponda la coadministración de la gestión del talento humano de las entidades respecto de las cuales dirige los concursos de mérito.

Aunque también tiene asignadas unas facultades de vigilancia para garantizar el cumplimiento de las normas de carrera administrativa (artículo 12 de la Ley 909 de 2004) con la posibilidad de imponer a los servidores públicos de las entidades nacionales y territoriales sanciones de multa, cuando se compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por ella, y aunque en el acervo probatorio no obre prueba que acredite haber iniciado la entidad alguna actuación investigativa y sancionatoria con ocasión de lo que interesa en este plenario, no por ello puede considerarse solidariamente responsable de los perjuicios morales sufridos por la parte demandante, por cuanto la fuente del perjuicio sufrido por el demandante es la falta de nombramiento en el cargo objeto de concurso, sin que la actuación sancionatoria de la Comisión Nacional del Servicio Civil pudiera tener la virtud de hacer cesar los efectos del acto administrativo que dispuso la negativa a dicho nombramiento, expedido por la codemandada Contraloría Municipal de Pereira.

Luego no resulta de recibo que la Comisión Nacional del Servicio Civil deba asumir la condena que habrá de imponerse, en los términos de los artículos 1570 y 1571 del C.C., según los cuales el cumplimiento de las obligaciones solidarias puede ser exigido a cualquiera de los deudores, a elección del acreedor, cuando en este caso la obligación en modo alguno se evidencia causada al mismo tiempo por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Contraloría Municipal de Pereira, razón por la cual habrá de negarse tal pedimento.

De conformidad con todo lo argumentado, esta magistratura revocará la sentencia de primer grado, desestimatoria de las pretensiones de la demanda, para declarar la nulidad sustancial del acto administrativo enjuiciado y, a título de restablecimiento

del derecho, condenar únicamente a la Contraloría Municipal de Pereira al pago, en favor del demandante, de indemnización por los perjuicios morales causados.

5. COSTAS.

No se condenará en costas en esta instancia a la entidad codemandada vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi), en la que se indicó que: *“...en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365”*, ha proferido sin número de sentencias³⁶ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación, criterio que en la actualidad ha sido reiterado por la Alta Corporación de lo Contencioso³⁷, en sentencia calendada el 25 de junio de 2020, en la que se insiste que para su valoración se debe verificar la gestión que hubiere realizado la parte contraria a la cual le resultan desfavorables las pretensiones.

En efecto, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el artículo 365,8 que: *«Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se*

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A- C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad. 14001-23-33-000-2016-00502-01(5485-18). Actora: Nohemí Suaza Triviño. Demandado: FOMAG.

causaron y en la medida de su comprobación»; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, como tampoco se evidencia conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, como quedó referido, en las cuales la regla general ha sido la negativa a la condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición, la Sala concluye que no es procedente la condena en costas en la presente instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

X. FALLA

1. REVÓCASE LA SENTENCIA proferida en este proceso por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira. En su lugar, se dispone lo siguiente, por las razones y conforme los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia:

1.1. CONFÍRMASE el numeral primero de la parte resolutive de dicha providencia, que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Contraloría Municipal de Pereira, de conformidad con lo expuesto.

1.2. DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015, expedido por el Contralor Municipal de Pereira, por las razones expresadas en la parte considerativa del presente fallo.

1.3. Como consecuencia de la declaración de nulidad que antecede y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE A LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE PEREIRA** a pagar en favor del señor Jairo Arenas Osorio, por concepto de **perjuicios morales**, indemnización por la suma equivalente a **veinticinco (25) S.M.M.L.V.**, a la fecha de ejecutoria de este proveído, de conformidad con lo esgrimido en la parte motiva de este proveído.

1.4. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda, según lo considerado.

1.5. El ente accionado condenado dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos referidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.6. A costa de la parte interesada, expídanse por Secretaría las copias que sean solicitadas por las partes, indicando cuál presta mérito ejecutivo.

2. Sin condena en costas en la presente instancia, por lo considerado.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA
MAGISTRADA



JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA
MAGISTRADO



LEONARDO RODRIGUEZ ARANGO
MAGISTRADO
CON SALVAMENTO DE VOTO

Firma
Española
Válida
de conformidad con el Art. 10
del Decreto 491 de 2020.
Sólo para providencias
judiciales del TCAR.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA
Pereira, Risaralda, veintidós de abril de dos mil diecinueve

Referencia:
Radicado: 66001-33-33-002-2016-00091-00
Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Jairo Arenas Osorio
Demandado: Contraloría Municipal de Pereira y otros

Profiere el despacho en primera instancia la sentencia que en derecho corresponde, de conformidad con lo establecido en el numeral 2º, artículo 182, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 2º del artículo 155 del citado código, dado que las pretensiones de la demanda no superan el monto de los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

Con fundamento en haber ocupado el primer puesto en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cargo de Técnico Operativo código 314 grado 08 de la Contraloría Municipal de Pereira, y no haber sido nombrado, el demandante deprecia la nulidad del Oficio No. 00832 del 07 de septiembre de 2015 expedido por Contralor Municipal de Pereira (e) mediante el cual se comunica que no es posible acceder al nombramiento en el cargo ya referido. Solicita se declare tanto a la Contraloría Municipal de esta ciudad como a la Comisión Nacional del Estado Civil responsables de los perjuicios materiales y morales causados al demandante. De igual forma, dirigió la demanda en contra del señor Reinaldo Tabares Ruiz, quien es el titular en propiedad del cargo al que aspiró el accionante, mas no formuló pretensión expresa alguna en contra de éste.

En consecuencia, pretende, además:

- Se ordene el nombramiento del señor Arenas Osorio en el cargo para el cual ocupó el primer puesto en la lista de elegibles o en su defecto a otro cargo similar de igual categoría en la misma entidad.
- A título de restablecimiento del derecho, se le cancele el valor de los salarios,

prestaciones sociales, primas, bonificaciones y demás adehalas de la asignación básica correspondiente al cargo que debía ocupar, desde cuando debió haberse nombrado, hasta el momento en que ello efectivamente ocurra.

- Al pago de perjuicios morales por la suma de 30 S.M.L.M.V.
- Los intereses moratorios conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, fundamenta sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos, los cuales se encuentran debidamente acreditados en el proceso:

- Mediante Acuerdo No. 482 del 02 de octubre de 2013, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa pertenecientes a la Contraloría Municipal de Pereira.
- Luego de agotarse las etapas del concurso público de méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015, conformó la lista de elegibles para el cargo de Técnico Operativo código 314 grado 08 de la Contraloría Municipal de Pereira¹.
- En dicha lista el señor Jairo Arenas Osorio ocupó el primer lugar.
- Mediante derecho de petición del 25 de agosto de 2017 el elegible solicitó al Contralor municipal de Pereira su nombramiento en el cargo².
- El 7 de septiembre de 2015, a través de Oficio No. 00832, se dio respuesta a la solicitud, indicándose que no es posible acceder al nombramiento toda vez que la Comisión Nacional de Servicio Civil, mediante Resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, había actualizado en el Registro Público de Carrera Administrativa dicho cargo a favor del señor Reinaldo Tabares Ruiz, anexándose en 8 folios copia de dicha resolución³.

¹ Folios 4 a 5.

² Folio 6.

³ Folios 7 a 14.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como disposiciones vulneradas se invocan⁴ los artículos 25, 29, 53, 125 y 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y las sentencias de la Corte Constitucional C-040 de 1995 y SU-446 de 2011.

Como concepto de la violación se señala que la convocatoria es norma reguladora del todo concurso y, por tanto, obliga a la administración, pues los participantes en ejercicio de los principios de la buena fe y la confianza legítima esperan la observancia y cumplimiento.

Con el no nombramiento en período de prueba, además de desconocer el principio de mérito y el debido proceso, se vulneró el derecho al trabajo del actor.

IV. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES Y EL PARTICULAR ACCIONADOS

En término, la Contraloría Municipal de Pereira⁵ se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones las que denominó: i) indebido medio de control, ii) caducidad del medio de control invocado, iii) carencia de objeto con la nulidad de los actos demandados y iv) falta de legitimación en la causa por pasiva.

De otro lado, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)⁶, según constancia secretarial⁷, contestó la demanda de manera extemporánea.

El particular demandado se notificó personalmente a folio 62, pero guardó silencio.

V. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

Dentro de la audiencia de alegaciones y juzgamiento se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, término dentro del cual la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

⁴ Folio 31 y siguientes.

⁵ Folio 63 a 88.

⁶ Folios 89 a 95.

⁷ Véase folio 190.

Por su parte, la apoderada judicial de la Contraloría Municipal de Pereira solicitó negar las súplicas de la demanda, reiterando lo narrado en la contestación de la misma.

La Comisión Nacional de Servicio Civil y el señor Reinaldo Tabares Ruiz guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Asunto a resolver:

Luego de efectuarse una interpretación integral de la demanda y de su contestación, se advirtió desde la audiencia inicial⁸ que el problema jurídico se circunscribe a establecer la legalidad del oficio No. 008312 del 7 de septiembre de 2015, expedido por el Contralor municipal de Pereira, mediante el cual se negó el nombramiento en periodo de prueba al demandante, según se invoca, pese a haber ocupado el primer lugar en la lista de legibles para el cargo ofertado de Técnico Operativo código 314 grado 8, mediante la Resolución No. 3048 del 22 de junio de 2015 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y, consecuentemente, determinar si hay lugar a condenar a las demandadas a efectuar el nombramiento del actor al cargo para el cual concursó, o en su defecto en uno de similar o igual categoría, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, y si hay lugar al pago de los perjuicios morales pregonados.

6.2. Pronunciamiento sobre las excepciones de mérito:

Como se dijera con antelación, la Contraloría demandada propuso como excepciones: i) indebido medio de control, ii) caducidad del medio de control invocado, iii) carencia de objeto con la nulidad de los actos demandados y iv) falta de legitimación en la causa por pasiva.

En la audiencia inicial se resolvieron de manera negativa a sus intereses las dos primeras de ellas, y en cuanto a la última se señaló que por estar edificada en ausencia de responsabilidad se definiría con el fondo del asunto. De suerte que la de carencia actual de objeto no constituye una excepción propiamente dicha, por cuanto no se dirige a atacar la pretensión mediante la formulación de un hecho nuevo que por sí solo tenga la virtud de destruir, aplazar o modificar los efectos de aquélla, sino que se limita a negar o a desconocer la existencia de la obligación, por lo que según la doctrina⁹ y la

⁸ Folio 200 revés.

⁹ "Excepciones de fondo y su declaración oficiosa. El código administrativo se refiere solamente a las excepciones que se

jurisprudencia¹⁰ no pueden tenerse como excepciones de fondo, luego, el juzgado las considerará únicamente como argumentos de defensa.

En lo que se refiere a falta de legitimación en la causa por pasiva desde este momento sea indicar que no está llamada a prosperar, en la medida en que el acto demandado fue expedido por quien formula la excepción, teniéndose por ese solo hecho como legitimada para comparecer a su defensa, por lo cual será declarada como no probado.

6.3. Análisis del caso concreto:

La tesis que sostendrá el despacho consiste en afirmar que a pesar del error de la administración al haber ofertado un cargo sobre el cual ya alguien ostentaba derechos de carrera, la legalidad del acto confutado deberá mantenerse incólume, comoquiera que de manera puntual sobre el contenido del mismo no existe ningún vicio o irregularidad que le haga perder la presunción que lo cobija.

El argumento principal, para sustentar la posición que antes se esbozó, es que el oficio censurado no fue expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, ni en forma irregular, ni desconociendo el derecho de defensa, o con desviación del poder, mucho menos por un funcionario incompetente. Para tal afirmación es preciso desde el inicio de estas consideraciones separar dos momentos en la actuación administrativa; el primero, va desde la apertura del concurso hasta la expedición de la lista de elegibles; el segundo, desde la firmeza de la misma hasta la negativa de efectuar el nombramiento.

Y la separación está determinada por un hecho transversal a esta controversia judicial: la Comisión Nacional de Servicio Civil, mediante Resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, había actualizado, en el Registro público de carrera administrativa, dicho cargo a favor de señor Reinaldo Tabares Ruiz; así las cosas, la legalidad del acto debe mirarse frente a la negativa y no frente al derecho que le otorgó, al ahora demandante, el haber participado en el concurso y ocupar el primer puesto.

De suerte que, si para el momento de la firmeza de la lista de elegibles el cargo ya estaba provisto, su derecho nació imperfecto y estaba supeditado a que durante la vigencia de la

oponen a la prosperidad de la pretensión (artículo 164, inciso segundo), o sea aquellas que implican una defensa de fondo, por medio de la cual el demandado ya no se limita a contradecir o negar los hechos constitutivos del derecho o al simple rechazo de la pretensión, sino a afirmar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo que tenga como consecuencia que la relación jurídica no produzca efecto legal. En sentido más estricto se puede afirmar que el fenómeno exceptivo viene a implicar un hecho que por sí mismo tiene el poder jurídico de enervar la pretensión del demandante". Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Sexta edición 2.002. pág. 325.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 8 de julio de 2010. Expediente Radicado: 11001-03-28-000-2010-00001-00, 8 de julio de 2010, Consejera ponente: Susana Buitrago de Valencia.

lista (2 años) apareciera la vacante respectiva, caso que no ocurrió, o al menos de ello no existe prueba en esta actuación judicial.

Entonces, en un escenario normal no habría discusión alguna sobre el derecho del primer elegible a ser nombrado en el cargo, pero como estamos ante una situación atípica propiciada por la misma administración, no puede este despacho perder de vista el derecho de quien aun antes de la convocatoria ya ostentaba la propiedad en el cargo objeto de este debate judicial. Y es precisamente ese derecho el que determina que la respuesta dada al elegible se haya producido con apego a la normatividad frente a la ocupación de la planta de personal de la entidad, pues ante la ausencia de vacancia definitiva en el cargo solo podía la administración responderle al ciudadano que no era posible acceder al nombramiento como técnico operativo código 314, grado 18.

Y aquí es clave ubicarnos en el medio de control incoado: nulidad y restablecimiento del derecho, donde se debate, valga la acotación, la legalidad de un acto administrativo, y no frente a una reparación directa donde el eventual yerro u omisión de la administración sí sería fuente de derechos para el particular, siempre que la posible falla en el servicio fuese la causa determinante del daño alegado.

Si bien ha sido posición reiterada de la Corte Constitucional, la cual ha sido seguida por el Consejo de Estado, afirmar que quien ocupa el primer puesto en una lista de elegibles no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido¹¹, en el caso concreto, por las particularidades propias del mismo, dicha regla no puede ser aplicada, habida cuenta que la administración ofertó un cargo sobre el cual otra persona ostentaba, derechos de carrera, siendo aplicable el aforismo *primero en el tiempo primero en el derecho*, máxime cuando la parte actora no acreditó que existiera, dentro de la planta de personal del organismo de control fiscal del ente territorial, otra vacante en el cargo para el cual concursó el ciudadano.

No desconoce este juzgado, como lo señala la demanda en su hecho décimo tercero, que: *“las entidades dejaron avanzar por más de dos años el concurso de méritos sin que se le notificara a mi poderdante lo que acontecía desde el mes de septiembre de 2013, cuando por resolución No. 2005 del 11 de septiembre de 2013, actualizaron el registro Público de Carrera Administrativa en donde proveía el cargo para el cual mi patrocinado había concursado y ganado”*, pero la omisión de las entidades públicas en el proceso de selección de suyo no convierte el acto atacado en ilegal, por la potísima razón que el acceder al nombramiento hubiera desconocido un mejor derecho de quien con antelación, y mediante un acto administrativo ejecutoriado, había sido inscrito en el registro de carrera como titular del mismo.

¹¹ Cf. Entre otras las sentencias T-455 de 2000, SU 913 de 2009 y T-156/12.

Tampoco se refuta que la convocatoria, como norma reguladora de todo concurso público de méritos, obliga a la administración, mas se insiste en el hecho que se está frente a un caso especialísimo, en el cual existe una imposibilidad manifiesta de acceder al nombramiento en periodo de prueba, por lo cual resulta aplicable el principio: *nadie está obligado a lo imposible*, y la Contraloría Municipal no podía nombrar a alguien en un cargo que estaba y está ocupado en propiedad, por más falta de diligencia que se haya evidenciado en el trámite de concurso, tanto por parte de dicha entidad como de la CNSC¹².

De lo anterior resulta claro que, como se alega desde el extremo activo del litigio, existe una vulneración al principio de confianza legítima, pero la misma no tiene la entidad como para mutar la legalidad del acto demandado, pues obrar en tal sentido sería ir en contra de derechos más antiguos, en este caso del particular demandado, máxime cuando no se demandó el acto que le confirió derechos de carrera.

En síntesis, al no haber sido desvirtuada la legalidad del acto confutado, no le queda a este operador judicial sino despachar de manera desfavorable las súplicas de la demanda, como en efecto se dispondrá; se itera, no porque la administración no haya cometido irregularidades en el proceso de selección, pues es evidente que el haber ofertado una vacante sobre la cual un tercero ostentaba derechos de carrera constituye un craso error que debía haber sido advertido y subsanado antes de dejar avanzar y finiquitar el concurso, sino porque a través de este medio de control se analiza y discute la integridad del acto demandado frente a las normas en que debía fundarse y, en esa dirección, el acto garantizó los derechos de quien los había adquirido con anterioridad al concurso mismo, por lo cual, no puede ser tildado de ilegal.

Por último, sea indicar que si bien se practicaron dos pruebas testimoniales¹³, ellas estuvieron encaminados a demostrar las dificultades emocionales, económicas y sociales del actor, al encontrarse sin un puesto de trabajo y no devengar un salario para el sostenimiento personal, para la ayuda a sus padres e hijo, al dejarse incólume el acto dichos hechos probados no tienen relevancia en este asunto.

6.4. Costas:

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del C.G.P., así como en acogimiento a las pautas jurisprudenciales del Consejo de Estado¹⁴ sobre el

¹² *Al ofertar un empleo en octubre de 2013 cuando 21 días antes el mismo había sido objeto de actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa a favor de Reinaldo Tabares Ruiz.*

¹³ *Véase audiencia de pruebas, Cd-rom folio 232.*

¹⁴ *Sentencia del 07 de abril de 2016. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014. Medio de control: Nulidad y*

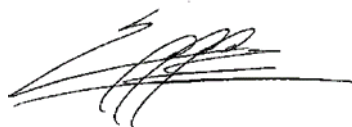
tema donde ha concluido que operan de manera objetivo-valorativo, no se condenará en costas a la parte demandante vencida, pues se echa de menos en este asunto evidencia alguna de causación de expensas que justifiquen su imposición al demandante, máxime cuando fue aquel quien sufragó los gastos de notificación y demás necesarios para el impulso procesal de su demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Contraloría municipal de Pereira.
2. Negar las súplicas de la demanda, atendiendo las consideraciones esgrimidas en esta sentencia.
3. Sin condena en costas en atención a lo discurrido en el acápite correspondiente.
4. Por secretaría expídanse a costa de la parte interesada las copias correspondientes, con observancia de lo estipulado en el artículo 114 del C.G.P.
5. Por secretaría procédase con las anotaciones en el sistema siglo XXI y, una vez en firme la presente decisión, procédase con la devolución del remanente de la cuota de gastos si lo hubiere y con el archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**EDIER ENRIQUE ARIAS MONTOYA
JUEZ**

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA
RISARALDA**

Hoy _____ notifico personalmente la presente sentencia al doctor Oscar Hernando Guevara Idarraga, Procurador Judicial 210 Administrativo, a través de su buzón electrónico ohguevara@procuraduria.gov.co (Artículo 203 de la Ley 1437 de 2011).

Se deja constancia que hoy _____ se recepcionó acuse de recibo visible a folio ____.

MAURICIO MARTÍNEZ PALACIO
SECRETARIO

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA
RISARALDA**

Hoy _____ se notificó personalmente la presente sentencia a la parte actora a través de su correo electrónico av.integralgroup@gmail.com (Art. 203 Ley 1437 de 2011).

Se deja constancia que hoy _____ se recepcionó acuse de recibo visible a folio ____.

MAURICIO MARTÍNEZ PALACIO
SECRETARIO

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA
RISARALDA**

Hoy _____ se notificó personalmente la presente sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de su buzón electrónico (Artículo 203 de la Ley 1437 de 2011).

Se deja constancia que hoy _____ se recepcionó acuse de recibo visible a folio ____.

MAURICIO MARTÍNEZ PALACIO
SECRETARIO

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA
RISARALDA**

Hoy _____ se notificó personalmente la presente sentencia a la demandada Contraloría de Pereira al buzón electrónico: correo@contraloriapereira.gov.co (Artículo 203 de la Ley 1437 de 2011).

Se deja constancia que hoy _____ se recepcionó acuse de recibo visible a folio ____.

MAURICIO MARTÍNEZ PALACIO
SECRETARIO

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA
RISARALDA**

Hoy _____ se notificó personalmente la presente sentencia a la demandada CNSC al buzón electrónico: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co (Artículo 203 de la Ley 1437 de 2011).

Se deja constancia que hoy _____ se recepcionó acuse de recibo visible a folio ____.

MAURICIO MARTÍNEZ PALACIO
SECRETARIO

SALVAMENTO DE VOTO. MAGISTRADO LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO

Radicado: 66001-33-33-002-2016-00091-01 (D-0627-2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Jairo Arenas Osorio

Demandados: Contraloría de Pereira y Comisión Nacional del Servicio Civil

M.P: Dra. Dufay Carvajal Castañeda

Con el acostumbrado respeto por la posición mayoritaria de la Sala de Decisión, me permito dejar consignados los argumentos que sustentan mi voto disidente sobre la parte resolutive y la *ratio decidendi* de la sentencia proferida el pasado doce de febrero, dentro del asunto de referencia:

1. Los presupuestos fácticos del asunto, establecen *grosso modo*, que el señor Jairo Arenas Osorio participó en el concurso de mérito para proveer un cargo en la Contraloría Municipal de Pereira, ocupando el primer puesto en la lista de elegibles; sin embargo, la entidad negó su nombramiento y posesión, con ocasión de la inexistencia del cargo ofertado para dicho momento, en virtud de la titularidad que ostentaba el señor Reinaldo Tabares Ruíz en el mismo, por la actualización en el registro de carrera administrativa.
2. Las pretensiones consignadas en la demanda estuvieron dirigidas a que se declarara la nulidad del oficio número 00832 de 2015, por medio del cual, se negó el nombramiento del demandante en el cargo donde ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, se reconociera la responsabilidad solidaria de la CNSC, se realizara el nombramiento correspondiente y se condenara al pago de la remuneración desde cuando debía efectuarse el mismo, así como a perjuicios morales.
3. La sentencia de primera instancia, negó la totalidad de las pretensiones, señalando que pese a las irregularidades acreditadas, la decisión plasmada en el acto administrativo demandado se encontraba ajustada a derecho, al no existir vacancia definitiva del cargo por el derecho que ostentaba en éste, el señor Tabares Ruíz.
4. Contrario a lo expuesto, la providencia de segunda instancia, accedió a la declaratoria de nulidad solicitada, condenó en perjuicios morales y declaró improcedente el nombramiento, así como los reconocimientos que de ello se derivarían.
5. Lo anterior, en criterio de quien redacta el presente, no es coherente ni consistente con las disposiciones vigentes, en la medida en que la decisión retiró del ordenamiento jurídico un acto administrativo que denegó el acceso a un cargo público pero no restableció el mismo, pese a que el demandante cumplió con todos los presupuestos exigidos por el Estado para ocupar el primer lugar en la lista de elegibles.
6. Así las cosas, se considera que el juez colegiado que advirtió el vicio de legalidad en el acto demandado, contaba con la opción de decretar una prueba de oficio tendiente a conocer los cargos de similar naturaleza y perfil que actualmente

se encuentran vacantes en la entidad demandada, en especial, aquellos provistos bajo la modalidad de provisionalidad; en aras de analizar el restablecimiento efectivo del derecho del demandante.

7. En igual sentido, se tornaba relevante realizar un análisis respecto al medio de control presentado, pues la decisión objeto del presente, se estructuró principalmente, en que el acto causante del daño fue el correspondiente a la negativa del nombramiento y no el relacionado con la actuación previa; pese a que según lo probado, el concurso fue el que estuvo revestido de irregularidades, al incluirse en la OPEC un cargo que ya no estaba vacante.

8. Adicionalmente, se debe mencionar que la demanda no hizo uso de la técnica jurídica de redactar pretensiones en forma subsidiaria, actuación que dejaba abierta la posibilidad directa o más práctica del reconocimiento de perjuicios realizado por la Sala, sin acudir a la anulación acaecida con ocasión de la tesis del acto que originó el daño, en los términos sustentados previamente.

9. Así, no debía dejarse por fuera del alcance de la decisión, la búsqueda de la causa del daño y el medio de control procedente, pues si el origen se fincó en una omisión, hecho o extralimitación de la administración, el medio que se debía intentar era diverso. Esto encuentra fundamento adicional en la parte considerativa de la providencia, cuando señala: “No obstante, para el Tribunal, contrario a como lo dedujo el *a quo*, el referido hecho –actualización en el registro del señor Tabares Ruiz- no se constituye en una justificación para que la entidad se ampare en su propio yerro y lo oponga como imposible jurídico para nombrar al actor en un cargo que no podía ser ofertado, pero que lo fue con el efecto de un derecho adquirido en favor del concursante airoso que ahora acude en demanda, **sin perder de vista que dicha situación tuvo origen en las propias omisiones de la entidad. ...**” (Negrilla no original).

10. Es importante aclarar que en este salvamento, no se discute la naturaleza de las listas de elegibles, su vocación o la fuerza vinculante para una entidad que cuenta con una vacante para la cual se ha abierto el concurso correspondiente, asunto dilucidado en extenso por parte de la Sala, empero su aplicación al caso concreto debía matizarse pues se trata de una situación diferente, al no existir la vacante ofertada en virtud de otra situación legal como es la actualización en carrera de otra persona con derecho a la misma, y no en mérito a la decisión discrecional o arbitraria de la demandada.

11. Como consecuencia de lo descrito, el intento que hizo la Sala por remediar una situación procesal compleja de cara a lograr una justicia material, llevó a que se pasara por alto otros caminos jurídicos, pues finalmente se menciona un derecho adquirido que no se reconoce en el ámbito práctico.

Cordial y respetuosamente,

Firmado Por:

**LEONARDO RODRIGUEZ ARANGO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 4 SECCION PRIMERA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO RISARALDA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4b59abdab24432df4bd7e88a62cc288c509efd5cc22aeba89e2ae77c44da344c

Documento generado en 18/02/2021 08:36:48 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**