Cartagena de Indias D.T. y C., tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	**IMPUGNACIÓN DE TUTELA**
Radicado	**13-001-33-33-013-2020-00114-01**
Accionante	**CRISTINA ISABEL OROZCO RUIZ**
Accionado	**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC DEPARTAMENTO DE BOLIVAR UNIVERSIDAD LIBRE**
Tema	*Procedencia excepcional de la acción de tutela para contra actos administrativos expedidos en un concurso de méritos- se niegan las pretensiones de la demanda, por la ausencia de confusión en el cargo para el cual se concursó.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver sobre la impugnación presentada por la accionante, Cristina Isabel Orozco Ruiz, contra la sentencia del 25 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar, por ausencia de vulneración de los derechos fundamentales, la acción de tutela.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

> *"Se tutelen mis derechos fundamentales y principios mínimos fundamentales del trabajo, ordenando a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Gobernación de Bolívar, que se me respete mi estabilidad laboral, en el cargo que realmente estoy ejerciendo, respetando mi estabilidad hasta tanto sea realmente convocado a concurso, el cargo que estoy ocupando en provisionalidad.*
>
> *Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la GOBERNACIÓN DE BOLIVAR que dentro de las 48 horas siguientes a la promulgación y notificación del fallo que decida la presente acción de tutela, se abstenga de declarar insubsistente o desvincularme.*

A la Comisión Nacional del Servicio Civil, que proceda en su potestad de administración y vigilancia de la carrera administrativa, a rectificar que realmente los cargos sometidos a concurso en el Departamento de Bolívar, sean los que están siendo convocados y que los requisitos para ocuparlos tengan conexidad con los perfiles de los argos sometidos a concurso.".

3.2 Hechos.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Relata que se encuentra vinculada a la Gobernación de Bolívar, inicialmente en el cargo Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 27; pero en el año 2017 se realizó una reorganización en la entidad en la cual laboraba, por lo que fue nombrada en provisionalidad el 8 de junio del 2017, conforme acredita con el decreto de nombramiento y su acta de posesión, para desempeñar el cargo de Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 09, del cual se posesionó ante el Director de Función Pública de la Gobernación de Bolívar.

Según informa el accionante, desde la anterior fecha, ejerce las funciones en el laboratorio de salud pública en el cargo de Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 09, asignado a la Dirección, Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaria de Salud, pero con funciones que nada tienen que ver con el cargo en el que fue nombrada. Que, al verificar si existía algún error, se percató que, en la reorganización, le variaron las funciones administrativas del cargo que venía ejerciendo, por lo que informó de dicha situación, en forma verbal, al doctor Willy Escruseria, y este le señaló que, ya no se podía hacer nada, que esas funciones estaban en el manual de funciones y que debía presentarse en el nuevo cargo.

Agrega que el cargo que actualmente desarrolla, en realidad corresponde al de Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 27 ante el Laboratorio Departamental de Salud Pública de Bolívar, tal como se evidencia en los certificados laborales expedido por la Gobernación de Bolívar.

Mediante el Proceso de Selección No. 772 de 2018 - Convocatoria Territorial Norte se abrió convocatoria al concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Bolívar; en el mismo se convocó el cargo de Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 09, con las mismas funciones que ella desempeñaba en el cargo de Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 27. Que, si bien dichas funciones son parecidas, no son las mismas

por lo que debe entenderse que el cargo convocado no corresponde al cargo que la tutelante se encuentra actualmente desempeñando.

Aduce la accionante que el cargo sometido a concurso, no corresponde al cargo que ejerce, por tanto, no se puede disponer ni suprimir su cargo. Agrega que la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó cargos que no son los que efectivamente están siendo ocupados por muchos de los que concursaron y que ejercen cargos en provisionalidad.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNCS) allegó escrito contentivo de la contestación al presente medio constitucional en fecha 18 de septiembre de 2020, mediante el cual pidió negar la solicitud de amparo, con fundamento en lo siguiente:

En primer lugar, que frente a las competencias de la CNSC y las pretensiones del medio tutelar existe una ausencia de legitimación en la causa por pasiva, dado que no es la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por la accionante. En tal sentido, la acción de tutela es improcedente, porque su competencia constitucional y legal solo llega a la expedición y firmeza de las respectivas listas de elegibles de conformidad con las etapas del proceso de selección reguladas por los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 14 a 16 del Decreto Ley 760 de 2005, al margen de que sea procedente respecto de las demás autoridades implicadas.

En lo que respecta al caso concreto, señaló que la accionante señora Cristina Isabel Orozco Ruiz se inscribió al proceso de selección con el ID 200097757 para el empleo identificado con Código OPEC 68768, denominado Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 9, perteneciente a la Gobernación de Bolívar, en el Proceso de Selección No. 772 de 2018 - Territorial Norte. En las pruebas escritas, obtuvo un puntaje de 66.87, superior al mínimo aprobatorio exigido que era de 65.00 puntos.

Así mismo, el resultado obtenido por la aspirante en las pruebas comportamentales fue de 37.5 sin embargo, el puntaje fue susceptible de modificación por hacer parte de los aspirantes a quienes se les realizó el cálculo de manera incorrecta, por lo que una vez subsanado el error arrojó un puntaje

final de 60.0. Finalmente, en las pruebas de valoración de antecedentes, la accionante obtuvo un puntaje de 46.0.

Aunado a lo anterior, se advierte que la Lista de Elegibles para la OPEC 68768, se conformó y adoptó mediante Resolución No. 8132 del 28 de julio de 2020 "Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer UN (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 9, identificado con el Código OPEC No. 68768, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Bolívar, Proceso de Selección No. 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte", la cual fue publicada el día 10 de agosto de 2020 y adquirió firmeza el día 19 de agosto de 2020. Es decir, que a la fecha hay elegibles con derechos adquiridos a ser nombrados en el empleo al cual se postularon en el marco del Proceso de Selección.

Es pertinente acotar, que el Acuerdo de 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.

Agrega que la accionante conocía y aceptó los términos de la convocatoria desde el momento en que efectuó la inscripción; por tanto, no puede pretender que las condiciones iniciales varíen, a su propia conveniencia vulnerando los derechos de los demás aspirantes, señalando además, presuntos vicios de legalidad de los actos administrativos sin prueba alguna que respalde su afirmación, usando la sede constitucional para alegar presuntas vulneraciones de derechos que no tienen fundamento alguno.

Agrega que la vinculación que ostentaba la accionante en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional, o encargo, deben ser provistos a través de concurso de mérito, para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles.

En tal sentido, la accionante, no puede alegar la afectación de sus derechos fundamentales al Debido Proceso, Dignidad Humana, a la Igualdad y Mínimo Vital, cuando sabía con seguridad, que su estabilidad laboral con la entidad nominadora, para el empleo que desempeñaba, dependía de la finalización del concurso de méritos, y que en la actualidad existe un aspirante que adquirió

el derecho a ser nombrado y posesionado en la vacante del empleo que esta ocupaba.

3.3.2 Universidad Libre de Colombia.

El apodero judicial de la Universidad Libre, alegó la falta de legitimación en la causa respecto a los hechos que fundamentan la solicitud de amparo. Señaló que el Acuerdo No. CNSC – 20181000006486 del 16 de octubre de 2018, estableció las reglas del concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Bolívar, identificado como Proceso de Selección No. 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte; y que en su artículo 4º establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 4º. ESTRUCTURA DEL PROCESO. El presente concurso abierto de méritos tendrá las siguientes fases:
1. Convocatoria y divulgación.
2. Adquisición de derechos de participación e Inscripciones.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación a pruebas.
4.1 Pruebas de competencias Básicas.
4.2 Prueba de competencias Funcionales
4.3 Pruebas de competencias comportamentales.
4.4 Valoración de Antecedentes.
5. Conformación de Listas de Elegibles.
6. Período de Prueba.

Que en este sentido, la Universidad suscribió el contrato número 247 de 2018 con la CNSC el cual tiene por objeto "Desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de algunas entidades de los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander-Convocatoria Territorial Norte, desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles".

Como se desprende del citado objeto contractual, la Universidad Libre adquirió obligaciones contractuales únicamente desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para conformar la lista de elegibles, por lo que asumirá la atención de las reclamaciones, solamente hasta esta fase del concurso; de tal suerte que no tiene

participación ni injerencia alguna en lo concerniente a la etapa de planeación de la convocatoria.

Luego entonces, la CNSC, junto con la entidad territorial, son las únicas responsables de la fase de conformación de la lista de elegibles de la Convocatoria del concurso de méritos del Proceso de Selección No. 772 de 2018, Gobernación de Bolívar.

Habida cuenta de lo anterior, al configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Universidad Libre, no puede el juez de tutela, concederla en su contra, pues a pesar de ser ésta un mecanismo que goza de relativa informalidad, su trámite debe cobijar los principios de legalidad, contradicción y debido proceso, siguiendo así juicios de valor como son, entre otros, la capacidad para ser parte y la debida integración de la causa pasiva.

En razón de lo expuesto, solicitó la desvinculación de la entidad de la presente acción.

3.3.3 Departamento de Bolívar

No rindió informe.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 25 de septiembre de 2020 resolvió:

> "***PRIMERO: NEGAR*** *el amparo de los derechos fundamentales al debido Proceso, dignidad humana, a la Igualdad y mínimo vital de la señora Cristina Isabel Orozco Ruiz, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*"

El Juez de Primera Instancia, precisó que, no existe ninguna irregularidad en el trámite de la oferta pública del empleo denominado Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 09 de la Gobernación de Bolívar como integrante del proceso de selección No. 772 de 2018 Convocatoria Territorial Norte, que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento de Bolívar, que deba ser protegida por la vía constitucional, por lo que se estima, salvo mejor criterio, que no procede el amparo de tutela solicitado.

Por lo anterior, para el Juez *a-quo,* se torna inviable, que la parte actora, pretenda desconocer a estas alturas, los resultados de las pruebas obtenidas con fundamento en el mérito para optar a la vacante contenida en la convocatoria N° 722 de 2018- código OPEC 68768, dado que para este

Despacho no se vislumbra, se repite, las afectaciones o vulneraciones de orden constitucional alegadas.

3.5. IMPUGNACIÓN

La parte accionante, interpuso impugnación contra la decisión de primera instancia, argumentando primeramente que, no es dable que se declare su insubsistencia toda vez que el cargo en el que se viene desempeñando, es el de Auxiliar de la Salud Código 412 Grado 27, mientras que el cargo objeto del concurso es el de Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 09.

A su vez, nos dice que en la realidad, ella desempeña el cargo de Auxiliar de la Salud Código 412 Grado 27 y que de este, solo se puede declarar la insubsistencia cuando ha sido convocado para concurso y se ha elegido a alguien para ocuparlo, por lo que este cargo, al no haber sido objeto de concurso, aún persiste en su necesidad y ejercicio.

Aduce la accionante, que la decisión impugnada atenta contra el principio de primacía de la realidad sobre las formas, por el hecho de que a pesar de que se encuentra probado que, el cargo para que él se encuentra nombrada en provisionalidad, es el de Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 09, en la realidad ella desempeña las labores asignadas al cargo de Auxiliar de la Salud Código 412 Grado 27, por lo que se debe ordenar su reintegro a ese cargo.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 2 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado de Primera Instancia, concedió la impugnación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 2 de octubre de 2020 y siendo admitida por auto del 5 de octubre de la misma anualidad.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación, considera la Sala que se debe determinar sí:

> *¿Se vulnera el derecho fundamental al trabajo y demás, de la accionante al declararla insubsistente del cargo que se encontraba ocupado en provisionalidad y que fue proveído mediante concurso de méritos a una persona diferente a la parte activa de esta acción constitucional?*

Establecido lo anterior, permitirá a esta Sala examinar si:

> *¿En la documentación aportada por la parte actora se logró probar que el cargo que venía desempeñando no fue el mismo que se sometió a concurso?*

5.3 Tesis de la Sala

Dentro del proceso quedó documentado que el cargo en el que se posesionó la accionante en el año 2017, corresponde al de Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 09, el cual fue objeto de oferta pública en el año 2018 por parte de la Gobernación de Bolívar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Convocatoria No. 20181000006486 del 16 de octubre de 2018; en el cual actualmente existe lista de elegibles.

En ese sentido la Sala, CONFIRMARÁ la sentencia el de primera instancia, teniendo en cuenta que no existe ninguna irregularidad en el trámite del concurso público antes referido, que resulte en una vulneración de los derechos de la accionante, pues no se demostró que el cargo que actualmente ocupa la tutelante sea uno diferente al de Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 09.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver los problemas jurídicos planteados abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) El derecho fundamental al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (iii) la convocatoria como ley del concurso de mérito; y iii) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2 Procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones proferidas al interior de un concurso de méritos.

El artículo 86 de la constitución Nacional dispone que "*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*". De lo anterior, puede inferirse que la regla general la tutela es residual y subsidiaria pues solo será procedente cuando el afectado no tenga mecanismo de defensa para sus derechos.

En consonancia con lo anterior, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela, cuando las personas tenga un mecanismo de defensa idóneo para la protección del derecho, salvo que, esa herramienta de defensa idóneo no evite la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo cual sería procedente la acción de tutela.

En la misma línea, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la acción de tutela es procedente siempre que no se cuente con un medio de defensa judicial para obtener la protección del derecho reclamado. Sin embargo, ha precisado la H. Corte Constitucional que existen dos eventos en los cuales se torna procedente la acción de tutela cuando el interesado cuenta con un mecanismo de defensa: (i) el primero evento, se refiere cuando dicho medio de defensa no resulta idóneo ni eficaz para proteger los derechos, de conformidad con las especialidades del caso; en este oportunidad la acción constitucional es definitiva, (ii) el segundo evento, ocurre cuando el mecanismo de defensa aunque es idóneo no impide el acaecimiento de un perjuicio irremediable, circunstancia en la cual el amparo a través de la acción de tutela es transitorio.

En cuanto a la primera hipótesis que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto, sino que, por el contrario, la actitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en este podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales del afectado.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591

de 1991, el cual indica: "en el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado".

Concretamente, sobre el tema de las decisiones adoptadas dentro de un concurso de méritos, la Corte Constitucional con fundamento en el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ha establecido como regla general la improcedencia de la acción porque el interesado cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como lo sería el medio de control y restablecimiento del derecho cuando la vulneración proviene de la expedición de un acto administrativo particular. Empero, esta Corporación ha dispuesto que le corresponde al juez estudiar la idoneidad del mecanismo en cada caso en particular, ya que ocurriría la vulneración de algunos derechos se prolongue mientras se resuelve una acción ordinaria el riesgo de afectar algunos derechos. Al respecto, la sentencia T- 604 de 2013 dispuso sobre la idoneidad y eficacia de los medios que:

> "es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración." Por consiguiente, "no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados." 3.2. Acogiendo lo anterior esta corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no protegen en igual grado que la tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo."[1]

En esta misma línea, la sentencia T-945 de 2009 expresó sobre la idoneidad de los medios judiciales que:

> "En situaciones relacionadas con la amenaza o vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de actos administrativos, normativamente la tutela es un mecanismo viable de protección en virtud del artículo 86 de la Carta, y según lo previsto en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991. No obstante, esta Corporación ha considerado en general, como regla, que la tutela es improcedente en

[1] Corte Constitucional. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013). Sentencia T- 604.

contra de actos administrativos teniendo en cuenta que existen normalmente otros mecanismos ordinarios de defensa judicial que resultan aptos para asegurar la protección de los derechos alegados, como pueden ser las acciones contencioso administrativas. Sin embargo, estas consideraciones no son óbice para que en ciertas situaciones la Corte Constitucional haya considerado procedente la tutela como mecanismo transitorio o principal –según el caso–, ante actuaciones administrativas que hayan implicado para las personas afectadas un perjuicio irremediable. Ello ha ocurrido especialmente en aquellas ocasiones en las que la acción de tutela es el único medio del que dispone una persona para evitar un perjuicio irremediable, o en circunstancias en las cuales la acción de tutela es el único medio idóneo de protección del derecho invocado"[2]

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Oficio de 08 de junio del 2017 de la Gobernación de Bolívar donde se le notifica a la accionante su asignación al cargo Auxiliar Área Salud Código 412 grado 9[3].
- Certificado Laboral No. A-00036-2019 donde consta que la accionante desempeñó el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 grado 9 para la Gobernación de Bolívar hasta el 22 de enero del 2019[4].
- Acta de Posesión de CRISTINA ISABEL OROZCO RUIZ del 08 de junio del 2017 en el cargo Auxiliar Área Salud Código 412 grado 9[5].
- Certificado Laboral No. A-00035-2019 donde consta que la accionante desempeñó el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 grado 27 para la Gobernación de Bolívar hasta el 7 de junio del 2017 y las funciones que desempeñó[6].
- Pantallazo del proceso de selección No. 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte, se ofertó el cargo denominado Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 9, y sus funciones[7].
- Resolución No. 8132 del 28 de julio de 2020, por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para ocupar el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 grado 9[8].

---

[2] Corte Constitucional. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, D.C., dos mil nueve (2009). Sentencia T- 945.
[3] Prueba que acompaña la demanda
[4] Ibidem
[5] Ibidem
[6] Ibidem
[7] Ibidem
[8] Carpeta de respuestas - CNSC

- Decreto 707 del 2 de mayo de 2017, por medio del cual se modifica parcialmente el Manual de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal de la Gobernación de Bolívar[9], en el mismo no se relaciona el cargo de la tutelante.
- Acuerdo CNSC – 20181000006486 del 16 de octubre de 2018, por el cual se establecen las reglas del concurso de mérito y se convoca para proveer empleos vacantes de la Gobernación de Bolívar[10].
- Inscripción de la tutelante en el cargo Auxiliar Área Salud Código 412 grado 9[11].
- Decreto No. 383 de 2020, por medio del cual el Gobernador de Bolívar declara la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de la señora CRISTINA ISABEL OROZCO RUIZ, del cargo Auxiliar Área Salud Código 412 grado 9, y nombra en periodo de pruebas a la señora MARÍA JOSÉ VILLADIEGO BELTRÁN[12].
- Comunicación del 1 de septiembre de 2020, por medio de la cual se pone en conocimiento de la actora la decisión adoptada en el Decreto No. 383 de 2020[13].

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la accionante, solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad humana y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas con ocasión al Proceso de Selección No. 772 de 2018, Convocatoria Territorial Norte, ya que, a su juicio, la lista de elegibles para el cargo ofertado "Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 09" no puede ser utilizada para nombrar en el empleo que ella desempeña en provisionalidad, como quiera que éstos corresponden a empleos diferentes, con funciones diferentes.

Previo a realizar el análisis del caso de fondo, debe este Tribunal verificar la procedencia de la tutela, para controvertir decisiones proferidas al interior de un concurso de mérito. Por regla general los actos administrativos proferidos en el concurso de mérito deben ser atacados a través de los procesos ordinarios establecidos en la Ley 1437 de 2011, sin embargo, la tutela se hace procedente cuando: (i) dicho medio de defensa no resulta idóneo ni eficaz para proteger los derechos, de conformidad con las especialidades del caso; en este

[9] Ibidem
[10] Ibidem
[11] Ibidem
[12] Carpeta de respuestas – memorial Dte
[13] Ibidem

oportunidad la acción constitucional es definitiva, (ii) cuando el mecanismo de defensa aunque es idóneo no impide el acaecimiento de un perjuicio irremediable, circunstancia en la cual el amparo a través de la acción de tutela es transitorio.

En este evento, encuentra esta Corporación que tendría cabida la ocurrencia de un perjuicio irremediable por el hecho de que, en virtud del concurso de méritos, se posesione una persona en un cargo que no fue ofertado a través de la convocatoria pública, y que en la actualidad se encuentra ocupado la accionante, quien vería afectado su derecho a la igualdad y al trabajo; por lo cual el caso bajo estudio amerita un estudio de fondo.

Observa la Sala que, según consta en los certificados traídos al proceso, la Señora CRISTINA ISABEL OROZCO RUIZ se desempeñó como Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 27 desde el 19 de octubre de 2001, hasta el 07 de junio de 2017 (en provisionalidad), desarrollando las siguientes funciones:

1. Realizar toma de muestras, separarlas y distribuirlas para las diferentes secciones del laboratorio.
2. Recibir y recolectar las muestras que se van a analizar de acuerdo con los exámenes solicitados y preparar el material necesario para la realización de los trabajos de laboratorio y montar pruebas requeridas.
3. Dar instrucciones específicas al usuario sobre la forma como debe recolectar las muestras y las condiciones con que se debe presentar el examen.
4. Velar por el cuidado, mantenimiento y asepsia de los aparatos, elementos y demás equipos de laboratorio.
5. Llevar registro y archivo de los trabajos realizados.
6. Entregar los resultados de los análisis al servicio encargado de su distribución.
7. Revisar el material y los reactivos para los análisis solicitando a quien corresponda la remisión oportuna de los mismos.
8. Cumplir las normas, políticas y procedimientos de la Gobernación.
9. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

Posteriormente, fue incorporada en la planta de personal de la Gobernación de Bolívar, en el cargo Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 9 adscrito a la Dirección, Inspección, Vigilancia, y Control de la Secretaria de Salud (en provisionalidad); lo anterior se le comunicó a la interesada mediante oficio del 8 de junio de 2018, por lo que la tutelante tomó posesión del empleo el mismo 8 de junio de 2017.

Que, conforme con las pruebas allegadas con la tutela se advierte que las funciones que debe desempeñar el cargo de Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 9, en cita son las siguientes:

1. Atender a los usuarios suministrando la información solicitada de conformidad con las Políticas y procedimientos establecidos.
2. Recepcionar y mantener organizada la información administrativa de los procesos de salud pública, vigilancia del sistema, aseguramiento y prestación de servicios, inspección vigilancia y control de acuerdo con los procedimientos establecidos.
3. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir y controlar documentos, datos, elementos y correspondencia, relacionados con los asuntos de competencia de la dependencia.
4. Llevar y mantener actualizados los registros de carácter administrativo y responder por la exactitud de los mismos.
5. Participar en las asistencias técnicas que se requieran de acuerdo a especificaciones del superior inmediato.
6. Consultar y almacenar información en las diferentes bases de datos y sistemas de información, con el fin de atender los requerimientos que son responsabilidad de la Dependencia.
7. Ejecutar todas las actividades auxiliares indispensables para el eficaz y oportuno Funcionamiento del área, según las directrices del Jefe Inmediato.
8. Verificar el cumplimiento de requisitos exigidos para el trámite de solicitudes de acuerdo a los lineamientos establecidos por la ley.
9. Elaborar las diferentes comunicaciones e informes que le sean solicitados, siguiendo los lineamientos dados por el jefe inmediato, con el fin de cumplir con las labores exigidas por el empleo.
10. Atender los diferentes trámites y servicios que se ofrecen en la dependencia, para facilitar su Acceso y atención.
11. Desempeñar las que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del empleo.

Mediante proceso de selección No. 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte, se ofertó el cargo denominado Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 9, con las funciones antes señaladas. En dicha oferta participó la accionante, quien ocupó el puesto numero 3 en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 8132 del 28 de julio de 2020; los dos primeros puestos fueron ocupados por la señora MARÍA JOSÉ VILLADIEGO BELTRAN y SURGEDIS AYALA ZÚÑIGA.

En esta instancia la actora alega que, a pesar de estar nombrada en el empleo denominado "Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 9" el cargo que ella ocupa es el de Auxiliar Área de Salud Código 412 Grado 27, pues éstas son las funciones que en realidad desempeña, por lo tanto, no puede ser declarada insubsistente, como quiera que su empleo no fue ofertado.

La Sala no puede acoger el planteamiento hecho por la actora, como quiera que en el expediente no obra prueba alguna que permita demostrar que la accionante en realidad cumplía con las labores correspondientes al cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 27 tal y como ella lo afirma, por lo tanto, no es posible dar aplicación del principio laboral de primacía de la realidad sobre las formas; así las cosas, lo único claro en este asunto es que, desde el 8 de junio del 2017 la señora CRISTINA ISABEL OROZCO RUIZ ocupó el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 09, el cual fue ofertado por convocatoria pública y actualmente se cuenta con lista de elegibles.

Por todo lo expuesto, esta Corporación procederá a confirmar el fallo de primera instancia, que negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, a la igualdad y al mínimo vital de la señora CRISTINA ISABEL OROZCO RUIZ.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticinco (25) de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 073 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN