

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA DE TUTELA 2^{da} INSTANCIA.

Agosto, 13 de 2020.

Sentencia discutida y aprobada en sesión de la fecha, según **ACTA** ____.

RAD: 44-650-31-89-001-2020-00145-01. Acción de tutela promovida por RAFAEL ALFONSO MORÓN FUENTES contra EL CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JUAN DEL CÉSAR, LA GUAJIRA.

1. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a decidir la impugnación planteada por la parte accionada, contra el fallo de tutela de 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del César, La Guajira.

2. ANTECEDENTES

Rafael Alfonso Moron Fuentes, actuando en nombre propio accionó en tutela en contra del Concejo Municipal de San Juan del César, La Guajira, pretendiendo a través de la misma:

1. Se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, acceso a los cargos públicos y a la igualdad. Presuntamente vulnerados por la entidad accionada.
2. Se ordene a la mesa directiva del Concejo Municipal de San Juan del César, La Guajira, proceder a su nombramiento y posesión del cargo de personero municipal periodo 2020-2024, toda vez que, el concurso público abierto de méritos para la escogencia del mismo finalizó el día 7 de marzo de 2020, con la realización de la entrevista donde resulto como único ganador.

Como fundamento fáctico de la anterior pretensión, en resumen, dijo:

Que, el Concejo Municipal de San Juan del César - La Guajira, se niega a reconocer el derecho que tiene a ser elegido y posesionarse en el cargo de Personero Municipal, como ganador del concurso público y abierto de méritos realizado por esta corporación en convenio firmado con la UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NARIÑO.

Manifiesta el actor, que, terminada la fase de inscripciones, La Corporación Universitaria Autónoma de Nariño, expide la resolución N° 01 de 19 de diciembre de 2019, por medio de la cual, ordena publicar la lista de admitidos y no admitidos según los requisitos mínimos dentro de la convocatoria pública para el cargo de personero municipal de San Juan del César, otorgándoles un término para las respectivas reclamaciones.

Seguidamente expone, que el día 21 de diciembre de 2019, se llevó qué cabo la prueba de conocimiento, en el horario de 7:00 am a 10:00 am. Asimismo, los resultados de dicho examen se dieron a conocer a través de la Resolución N° 03 de 26 de diciembre de 2019, por medio de la cual se ordena publicar la lista de elegibles al cargo de Personero Municipal de San Juan del César. Del mismo modo afirma el actor que, obtuvo el mayor puntaje de la prueba equivalente a 69 puntos.

Explica, que el concurso se diseñó en dos etapas la primera objetiva que finalizaba con la publicación de los resultados definitivos de los antecedentes académicos y judiciales, por parte del Concejo Municipal 2019 y la segunda etapa denominada subjetiva que inicia en la entrevista, la publicación de la lista de elegible y la elección del Personero Municipal para el periodo 2020-2024, a cargo del Concejo Municipal 2020.

Dijo, que las anteriores actuaciones se desarrollaron tal y como lo establecía el cronograma de actividades. Igualmente aduce que, quedaba pendiente para el día 10 de marzo de esta anualidad realizar la posesión del ganador y realizar el cierre del concurso.

Sin embargo, señala que el concejal Amado de Jesús Sanabria Gil, interrumpe el acto y radica una proposición a la mesa directiva de revocar el decreto 041 del 19 de septiembre, decreto con que nace el concurso de mérito para la elección del cargo de Personero Municipal. Expone que dicha solicitud por parte de este concejal se basa en que presuntamente existieron falencias e irregularidades.

De lo anterior, indicó que, la propuesta realizada por el honorable concejal Amado Sanabria Gil, y que fue respaldada por 8 concejales más, es ampliamente contraria a derecho y transgredes de forma directa sus derechos fundamentales a un debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la meritocracia entre otros, en el sentido que ya el concurso de méritos había fenecido el día 7 de marzo cuando se realizó la última prueba, esto es la entrevista ante la plenaria del Concejo, es decir, tres días antes, donde no se presentó ninguna objeción ni proposición de parte de estos al concurso.

Actuación procesal.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Juan del César, La Guajira, admitió la acción de tutela de la referencia, notificó la actuación a través del correo institucional, corriéndose traslado a las partes accionadas y vinculadas para que se pronunciara respecto de los hechos consignados en el memorial de tutela.

Contestación accionado y vinculado

CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JUAN DEL CÉSAR, inicialmente alegó, que no existe violación al derecho al trabajo del accionante toda vez que este funge como personero desde el periodo 2016-2020.

De igual manera sostuvo que, vencido su periodo el Concejo Municipal de San Juan de César debía encargar primeramente a un funcionario de la entidad que cumpliera con los requisitos. Como no existe funcionario que cumpla con los mismos el concejo

puede encargar a cualquiera que reúna tales requisitos y no existe norma que obligue o que prohíba el encargo de personero que está finalizando su periodo.

Por lo anterior, expone que, el Concejo para no traumatizar el servicio público encargo al Personero que culminaba su periodo el 28 de febrero de 2020, por tres meses que vencían el 31 de mayo del mismo año. Sin embargo, durante ese término, se pretendía realizar el proceso, pero a mediados de marzo apareció la pandemia del COVID -19, lo cual es de conocimiento público. Por ende, este Concejo al vencerse los tres meses del cargo en plena pandemia, procedió nuevamente encargarse decir al accionante hasta que se realizara el proceso de elección.

Seguidamente señaló, que actualmente no existe proceso de elección por cuanto el mismo, mediante Resolución 008 de 10 de marzo de 2020 se revocó el decreto 041 del 19 de septiembre de 2019, por directrices y recomendaciones de la Procuraduría General de la Nación, asimismo existieron fallos de tutela de tutela como la 083 de 29 de noviembre de 2019, en la cual se ordenó la suspensión del proceso. Sin embargo, no se acató luego cuando el examen se realizó en Cartagena, contrariando el fallo que lo prohibía y la lista se emitió el 26 de diciembre de 2019 y la suspensión se levantó el 6 de enero de 2020. Es decir, el proceso desconoció las decisiones judiciales.

Por otra parte, enfatizó que el actor, cuenta y contó con otros mecanismos judiciales de defensa, al considerar que podía acudir a la Acción de Nulidad con Medida Cautelar contra la resolución 008 del 10 de marzo de 2010, que revocó el decreto 041 de septiembre 19 de 2019. En el mismo sentido pudo intervenir en las acciones de tutela instauradas tanto por los procuradores, Por lo anterior que su juicio la tutela debe ser declarada improcedente.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con fallo de 17 de junio hogaño, el *iudex a quo*, decidió amparar los derechos fundamentales invocados por el actor, al considerar que: "*cierto es que frente al caso existe otro mecanismo de defensa en aras de fustigar la actuación administrativa que derivó en la presente acción constitucional, no podría desconocer este operador judicial las especiales condiciones que sumariamente ha demostrado el actor, pues se denota que este cumplió con los requisitos académicamente exigidos en el examen o prueba de méritos adelantada por la corporación universitaria Autónoma de Nariño, decisión está que no fue objetada en su momento por el colegiado municipal, lo que traduce en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, pues no se vislumbra anomalía alguna que impida su posesión en el cargo de Ministerio público municipal, haciendo procedente conceder el amparo constitucional solicitado, decisión está que no se fundamenta en una postura deliberada y caprichosa, sino atendiendo la materialidad de los fines constitucionales perseguidos, al esbozarse en el material factico una especial situación que han constituido una talanquera que impide el acceder a un cargo público a quien por mérito ganó el derecho para ejercerlo*".

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión proferida, la parte accionada impugnó el fallo al considerar que:

" *el Juez de primera instancia, no captó adecuadamente el núcleo central del complejo problema constitucional planteado por la acción de tutela de la referencia, si bien estudio la normatividad vigente dentro del ordenamiento jurídico colombiano para*

motivar su decisión, desconoció, omitió y no valoró las pruebas documentales aportadas por la parte accionada al momento de contestar la acción de tutela, principalmente la Resolución 008 del 10 de marzo del 2020.”

Seguidamente expuso, que el problema constitucional radica en que el Concejo Municipal de San Juan del Cesar La Guajira, realizó el concurso de méritos para la elección del Personero Municipal, el cual estuvo viciado de irregularidades desde el momento en que se inició, es así que debido a las irregularidades cometidas en este concurso de méritos, el Concejo Municipal de manera responsable y atendiendo lo establecido por el principio constitucional al debido proceso, tomo la decisión de anular y dejar, sin efectos jurídicos la plenitud del concurso de méritos.

Así mismo, señaló que el accionante contaba con otro mecanismo de defensa y no se cumplen los requisitos de subsidiariedad para que en el presente asunto proceda este mecanismo constitucional.

CONSIDERACIONES

Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer y decidir de fondo la presente acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 86 Constitución Nacional y el artículo 37 Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar ¿si el Concejo Municipal de San Juan del César vulnera los derechos fundamentales invocados por el accionante, al Revocar a través de la Resolución 008 de 10 de marzo de 2020 se el decreto 041 del 19 de septiembre de 2019, mediante el cual, nace el concurso de mérito para la elección del cargo de Personero Municipal y al no proceder a realizar su nombramiento y posesión en el cargo de Personero Municipal de San Juan del César?

La siguiente jurisprudencia se tendrá en cuenta para resolver el problema planteado:

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

- Sentencia T- 471 de 2017 M.P. Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

*“10. El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que **“[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**. “...Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que **el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante...**”*

- Sentencia T- 006 de 2015 con M.P. Dr. JORGE IVÁN PALACIO.

“...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. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos... (NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DE TEXTO)

- **Sentencia T- 260 de 2018 M.P. Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia general

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

37. (...), la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015: “[que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”.

38. En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.

40. Por lo tanto, el juez constitucional debe examinar si se configuran en el caso concreto las características del perjuicio irremediable establecidas en los reiterados pronunciamientos de esta corporación, a fin de determinar: (i) que el perjuicio sea inminente, lo que implica que amenace o esté por suceder (ii) que se requiera de medidas urgentes para conjurarlo, que implican la precisión y urgencia de las acciones en respuesta a la inminencia del perjuicio, (iii) que se trate de un perjuicio grave, que se determina por la importancia que el Estado concede a los diferentes bienes jurídicos bajo su protección, y (iv) que solo pueda ser evitado a través de acciones impostergables, lo que implica que se requiere una acción ante la inminencia de la vulneración, no cuando se haya producido un desenlace con efectos antijurídicos; por lo que no puede pretenderse entonces, vaciar de competencia la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa en busca de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito sobre los procedimientos ordinarios.

Caso en concreto

El accionante afirma que el Concejo Municipal de San Juan del César, La Guajira, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, acceso a los cargos públicos y a la igualdad; por lo que pretende a través de este mecanismo:

Principalmente, se ordene, al Concejo Municipal de San Juan del César, proceder a realizar su nombramiento y posesión en el cargo de personero municipal periodo 2020-2024.

En ese contexto, lo primero a tener en cuenta en la construcción de esta decisión, es el análisis de los requisitos generales de la procedencia de la acción de tutela, para centrarse de manera puntual al problema jurídico planteado, puesto que los requisitos generales de procedibilidad son concurrentes, esto es, incumplido uno, se torna inane el examen de los demás, y menos podrían revisarse los supuestos especiales; por lo tanto, el análisis que se realizará, se limitará al requisito de la **subsidiariedad**, porque es el elemento que se advierte ausente y ante esa circunstancia no merecerá pronunciamiento de fondo sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales.

Cabe aclarar que la naturaleza subsidiaria del mecanismo constitucional invita a agotar todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial como requisito general de procedencia, y a parte deslucce, que el mismo no se puede erigir como el mecanismo principal, porque en tal situación la acción de tutela, se consideraría de carácter opcional y no subsidiario.

En ese orden, en el caso puntual, se avizora que el accionante pretende de manera principal pomposamente controvertir un acto administrativo esto es, la Resolución 008 de 10 de marzo de 2020, a través de la cuál revocó el decreto 041 del 19 de septiembre de 2019, mediante el cual, nace el concurso de mérito para la elección del cargo de Personero Municipal. Ciertamente es que, para este tipo de reclamación, existen otros medios de defensa judicial distintos a la acción de tutela que pueden ejercer frente al juez natural para lograr lo que hoy pretende.

Aunado a lo anterior, en principio, debe recordarse que de acuerdo al artículo 86 de la Constitución Política y los decretos que reglamentan su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento de trámite preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten lesionados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por otra parte, se destaca que el actor cuenta con una vía de defensa judicial como lo es la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la que puede acudir, pues le ofrece otros mecanismos judiciales para reclamar sus pretensiones, ya que las peticiones versan sobre la expedición de un acto administrativo, el cual es susceptible de ser atacado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que de conformidad con lo dispuesto por el legislador se constituye un medio idóneo y eficaz para solicitar la declaración de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho. Así mismo, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 229 del CPACA, el accionante puede solicitar al juez la adopción de medidas cautelares, entre ellas, la suspensión provisional de los efectos del acto atacado (art. 231), las cuales pueden ser adoptadas desde la misma presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso. Máxime que reiteradamente ha sostenido la alta corporación constitucional en jurisprudencia, que al juez de tutela le está vedado inmiscuirse en la actividad que le es propia a cada jurisdicción cuya independencia y autonomía tiene su origen en nítidos e insoslayables postulados de raigambre constitucional y legal.

Es así, como se resalta, que, en el presente caso, el juez de primera instancia, omitió el deber de realizar el riguroso examen de procedencia de la acción de tutela para este

tipo de controversias. Pues es evidente que el accionante contaba con los medios de control de simple nulidad y/o nulidad y, restablecimiento del derecho, establecidos en la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, igualmente contaba con la solicitud de revocatoria directa del acto administrativo que le puso fin al concurso de méritos.

Además, en el plenario no existe documental alguno, que acredite la existencia de un perjuicio irremediable, pues el accionante se encuentra nombrado por encargo por parte del Concejo Municipal de San Juan del Cesar, luego no existe perjuicio irremediable. Por tanto, no puede concederse el amparo, como una excepción a la regla general de improcedencia, debido a que se torna imperioso, **acreditar** un daño grave e inminente, no meramente eventual, que sólo pueda conjurarse con las medidas urgentes e impostergables propias de la tutela.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, no se consideran afectados los derechos fundamentales del accionante, toda vez que no puede predicarse que el actor se encuentre frente a un perjuicio irremediable, que obligue a un pronunciamiento de fondo sobre el asunto y desplace la órbita de competencia del juez contencioso administrativo.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, esta colegiatura procederá a REVOCAR el fallo de primera instancia fechado 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del César, La Guajira. Y en consecuencia declarará improcedente el amparo invocado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha La Guajira, Sala de Decisión Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución.

RESUELVE.

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido el 17 de junio de 2020, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del César, la Guajira, dentro de la acción de tutela instaurada por RAFAEL ALFONSO MORÓN FUENTES contra EL CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JUAN DEL CESAR. Y, en consecuencia, **DECLARAR IMPROCEDENTE**, el amparo invocado. Por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR del presente fallo a las partes intervinientes y al Juez de primera instancia por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH.
Magistrado.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO.
Magistrada.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art
28; Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.
Magistrado.