



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

STP6506-2020

Radicación n.º 1000 / 110943

Acta 134

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la demanda de tutela promovida por **Elena Maritza Ortiz Ortiz** contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva con Funciones de Conocimiento y la E.S.E Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

Al presente trámite fue vinculado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, así como también a las demás partes e intervinientes dentro del proceso de tutela de radicado No. 41001-31-09-003-2020-00006-00.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La ciudadana **Elena Maritza Ortiz Ortiz**, solicita el amparo de sus derechos fundamentales «*al debido proceso, trabajo, libertad de profesión u oficio, mínimo vital y móvil, seguridad jurídica, dignidad humana e igualdad*», que considera vulnerados como consecuencia de la resolución que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en la E.S.E Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

Narra que, mediante resolución 1045 del 8 de noviembre de 2017, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de auxiliar en el área salud código 412, grado 11, de la planta globalizada de la mencionada E.S.E.; tomando posesión del cargo ese mismo día.

Sin embargo, mediante resolución 449 del 11 de mayo de 2020 esta autoridad decidió dar por terminado dicho nombramiento, con fundamento en un fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva con Funciones de Conocimiento.

Señala que, en dicho fallo, se empleó de forma errada el «*criterio de unificación de fecha 16 de enero de 2020*» y la Ley 1960 de 2019, en tanto, su nombramiento fue efectuado antes de su expedición, cuando regía la Ley 909 de 2004.

Además, critica la resolución que la desvinculó del hospital, por cuanto no cumple con la carga motivacional

exigida por el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, requisito reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en providencias como la T007-18.

Afirma que dicha situación vulnera sus derechos fundamentales y le genera un perjuicio irremediable tanto a ella como a su familia, toda vez que es madre cabeza de familia de dos hijos menores de edad, sumado a que su padre también depende económicamente de ella.

Acude al presente trámite constitucional con la finalidad que sea dejada sin efectos la resolución 449 del 11 de mayo de 2020 y que se ordene a la E.S.E Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo *«abstenerse de realizar alguna maniobra que atente contra la estabilidad laboral y la provisión del cargo de provisionalidad que [ostenta]»*.

De manera subsidiaria, pretende que se suspendan los efectos de la citada resolución, hasta que la Corte Constitucional, en sede de revisión, se pronuncie sobre la tutela proferida por el juzgado accionado.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES VINCULADAS

1.- La Comisión Nacional del Servicio Civil por conducto de su Asesor Jurídico, indicó que la accionante no podía alegar la trasgresión de sus derechos fundamentales, cuando su estabilidad laboral con la entidad nominadora dependía de la finalización del concurso de méritos y que, debido a ello, en la actualidad existe una aspirante que

adquirió el derecho de ser nombrada y posesionada en la vacante que ocupaba la actora.

Así mismo señaló, que la provisión de las vacantes definitivas corresponde a un mandato Constitucional y legal, en garantía y protección al acceso a los cargos públicos a través del mérito, conforme respalda el Decreto 1083 de 2015 *-Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública-*.

En ese sentido agregó, que en efecto los cargos en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa y temporal, hasta tanto no haya elegibles con derechos de carrera adquiridos a través del mérito.

Finalmente sostuvo, que teniendo en cuenta los acontecimientos nacionales no puede perderse de vista lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, que define que *«En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.*

Por tal motivo, adujo que las pretensiones propuestas por la parte actora frente a la CNSC no tienen probabilidad de prosperar. Lo anterior, en el entendido que las

actuaciones realizadas por la Comisión se encuentran dentro de los parámetros legales dispuestos por el Gobierno Nacional con ocasión a la emergencia sanitaria.

2. La titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva con Funciones de Conocimiento, indicó que en efecto resolvió en primera instancia la acción constitucional bajo el radicado No. 2020-00006-00 en fallo del 14 de abril de 2020, por el cual, dispuso amparar los derechos fundamentales de Kenyi Polania y otras 12 ciudadanas más, trasgredidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Hospital Universitario “*Hernando Moncaleño Perdomo*”. En consecuencia, ordenó al «*Representante Legal y/o Nominador de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleño Perdomo de Neiva, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a hacer uso de la lista de elegibles que se encuentra vigente para proveer el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 11 –Resolución No. CNSC 20182110174295 del 5 de diciembre de 2018-, debiendo nombrar en estricto orden de méritos a los ciudadanos (...), en las nuevas vacantes generadas (67) con posterioridad a la Convocatoria 426 de 2016 y que se encuentran provistas actualmente en provisionalidad, para lo cual, deberá realizar todos los trámites administrativos pertinentes*».

En ese mismo sentido, expuso que la sentencia en mención fue adicionada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Neiva, en el entendido que extendió el amparo a cuatro personas más.

Igualmente, acotó que en el trámite de tutela precitado se vinculó a las personas que se encontraban ocupando en provisionalidad los referidos cargos, resaltando que **Elena**

Maritza Ortiz Ortiz impugnó el fallo de primer grado, «*sin embargo no demostró ninguna condición para ser considerada como sujeto de especial protección constitucional*».

Finalmente, solicitó negar las pretensiones tutelares en el entendido que la actora puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa para controvertir el acto administrativo que pretende dejar sin efectos.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, argumentó que la decisión adoptada el pasado 26 de mayo dentro de la acción de tutela 2020-00006-00 fue debidamente motivada y no obedeció al capricho personal de los funcionarios que profirieron la determinación, por lo tanto, no dilucidan las presuntas vías de hecho que hace mención la accionante.

Por último, cuestionó la vía adoptada por la actora para derruir la decisión proferida en el asunto tutelar, comoquiera que resulta improcedente interponer otra acción de la misma naturaleza, cuando el mecanismo jurídico idóneo sería la correspondiente revisión a cargo de la Corte Constitucional.

4. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la E.S.E Hospital Universitario “*Hernando Moncaleano Perdomo*” de Neiva, señaló que con ocasión del fallo de tutela, se verificó la condición especial que argumentó **Elena Maritza Ortiz Ortiz**, esto es, madre cabeza de familia, la que se descartó al constatarse que estaba casada y su esposo se encontraba

registrado en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo.

Asimismo, expuso que contrario a lo manifestado por la actora en relación con la falta de motivación, en el acto por el cual se dio por terminado su vinculación laboral con la entidad, se consignó los motivos de la misma, en particular el acatamiento al fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, quien además *«otorgó un plazo para su ejecución de diez (10) días hábiles, con la obligación de agotar los trámites administrativos pertinentes»*.

Por último, informó que la petente promovió recurso de reposición frente al acto administrativo objeto de disenso, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 0592 del 5 de junio de los cursantes y en que dispuso confirmar en su totalidad la Resolución 449 del 11 de mayo de 2020.

5. La Procuradora Regional del Huila indicó que contrario a lo manifestado por la actora, la desvinculación de aquella fue motivada de conformidad con el fallo de primera instancia del 14 de abril de 2020 emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva – Huila dentro del radicado No. 41001 31 09 003 2020 00006 00.

De igual forma refirió, que el cumplimiento integral tanto de los presupuestos formales de procedibilidad y materiales de procedencia, son necesarios para la

prosperidad del amparo, por cuanto en el asunto bajo estudio la actora no agotó los medios ordinarios a su alcance, esto es, no acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa, autoridad competente de analizar la legalidad de los actos administrativos. *«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. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última».*

De otro lado, sostuvo que la carrera administrativa es elemento preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, toda vez que otorga a quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por tal motivo adujo que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En consecuencia, solicitó declarar en favor de las autoridades accionadas que no son responsables de la vulneración de los derechos fundamentales alegados.

TERCEROS CON INTERÉS

1. Aldemar Losada Tovar, quien aduce ser una de las personas perjudicadas con la determinación proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, señala que durante el transcurso que fungió como auxiliar del área de Salud no incurrió en faltas que condujeran a un irregular comportamiento, por tal motivo solicita que a través del presente amparo se le proteja sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de oportunidades para acceder al desempeño de cargos públicos, al derecho al trabajo, al mínimo vital y el derecho a carrera administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 8 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, esta Sala es competente para resolver la acción de tutela interpuesta por **Elena Maritza Ortiz Ortiz**, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva con Funciones de Conocimiento y la E.S.E Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo y a la cual se

hizo necesario vincular al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

2. En el presente caso, el problema jurídico a resolver se centra en determinar si la solicitud de amparo interpuesta por **Elena Maritza Ortiz Ortiz**, mediante la cual cuestiona la resolución 449 de 11 de mayo de 2020 proferida por la E.S.E Hospital Universitario “*Hernando Moncaleano Perdomo*”, cumple con los requisitos necesarios para su procedencia.

La respuesta se ofrece negativa, pues el presente amparo no sólo va encaminado a controvertir una decisión de la misma naturaleza sino que, además, la actora cuenta con otros medios de defensa judicial para cuestionar el acto administrativo por el cual se dispuso su desvinculación, como pasa a explicarse.

3. Lo primero porque, desde el propio escrito de tutela se advierte que la accionante cuestiona los considerandos del fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, el cual fuera confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en particular, los motivos relacionados con la aplicación del «*criterio de unificación de fecha 16 de enero de 2020*» emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Ley 1960 de 2019, mismos que permitieron a la autoridad judicial sostener que los cargos creados con posterioridad a la convocatoria 426 de 2016, en la misma categoría ofertada -Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 11 -OPEC 30646 -, debían ser objeto de nombramiento en carrera conforme con la lista de elegibles vigente.

A tal punto que la libelista solicitó dentro de sus pretensiones que se ordenara a «...la señora juez ELVIRA INES ZAMORA GNECCO, o por quien haga sus veces, la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO de Neiva, representada por la gerente la señora EMMA CONSTANZA SASTOQUE MEÑACA, LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- dejar sin efecto la resolución 450 del 11 de mayo de 2020, expedida por la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO y abstenerse de realizar alguna maniobra que atente contra la estabilidad laboral, y la provisión de cargo de provisionalidad que ostento en razón de la Resolución 1045 del 08 de noviembre de 2017. Generando su aplicación inmediata y obligatoria, o en su defecto, que se suspendan de manera inmediata y definitiva los efectos de la resolución 449 del 11 de mayo de 2020, expedida por la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO, o de manera transitoria, hasta tanto se realice el control automático de constitucionalidad, por la H. Corte Constitucional.», en clara muestra de que, aun cuando cuestionaba la decisión particular de su desvinculación, entendía que la misma era una consecuencia de la determinación adoptada por la judicatura el 14 de febrero del año en curso, en el que dispuso que dichos nombramientos debían realizarse teniendo en cuenta la lista de elegibles que se encuentra vigente para proveer el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 11.

Lo anterior significa que, la demandante busca con la presente acción discutir el fallo de tutela que dictó la autoridad judicial demandada al haber adoptado una decisión contraria a sus intereses. Decisión que además fue adicionada y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva en proveído del 26 de mayo de 2020, al

resolver, entre otros, el recurso de impugnación que se presentó a su nombre una vez fuera convocada al trámite constitucional como tercera con interés.

Procedimiento constitucional en el que además se analizó no sólo la propuesta respecto de la aplicabilidad de las normas referidas por la actora en términos similares a los que se exponen en el libelo, sino el planteamiento que se expuso atinente a la protección de las personas cabeza de hogar, entre las cuales estaba **Elena Maritza Ortiz** y, el que en principio se descartó ya que *«dicha condición no fue demostrada de manera fehaciente; además, tampoco se acreditó calidades de prepensionadas, ni aforadas, por lo que no gozaran tampoco de la protección especial prevista jurisprudencialmente.»*

Dentro de ese contexto, se aprecia que el reclamo que expone se remite a los motivos por los cuales se definió a favor de los registrados en la lista de elegibles el amparo constitucional y se optó por su desvinculación del Hospital Universitario “*Hernando Moncaleano Perdomo*”, al servir de fundamento de la Resolución 449 del 11 de mayo de 2020, que se profirió en el marco de cumplimiento de la citada acción constitucional.

En ese contexto, se identifica que la quejosa a través del presente amparo, lo que pretende es generar un nuevo debate constitucional aun cuando el mismo ya se dio en proceso de igual naturaleza, situación que torna

improcedente el amparo, como con suficiencia lo ha decantado la Corte Constitucional¹:

28. Como se advirtió, entre los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales está que no se trate de una sentencia de tutela. Tratándose de este tema, fue necesario que esta Corte unificara su jurisprudencia en un principio en la Sentencia SU-1219 de 2001.

De esa providencia puede extraerse que antes de 2001 este Tribunal había admitido la posibilidad de interponer acciones de tutela contra las actuaciones judiciales arbitrarias, incluso de los jueces de tutela, pero no respecto de sentencias de tutela², por lo que a partir de esa providencia y estudiando un caso de esa naturaleza, fijó la regla de la no procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, que se funda en la consideración de que debe evitarse que el fallo de protección pueda ser objeto de la misma acción, pues “la resolución del conflicto se prolongaría indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales”.

Se consideró que admitir una nueva acción de tutela “sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido”, lo que aparece contrario a la Constitución y a las normas reglamentarias en la materia, ya que cuando se concluye el proceso de selección opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional³.

Sin que se identificara en la demanda o lo observe esta Corporación, alguna de las circunstancias que excepcionalmente⁴ hacen procedente superar tal tesis:

¹ CC SU116-2018

² Como ocurrió en las sentencias T-162 de 1997 y T-1009 de 1999.

³ La regla de la no procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, fijada en la Sentencia SU-1219 de 2001, se reitera en las Sentencias T-021, T-174, T-192, T-217, T-354, T-444, T-623 y T-625 de 2002; T-200, T-502 y T-1028 de 2003; T-528 de 2004; T-368 y T-944 de 2005; T-059 y T-237 de 2006; T-104 de 2007; T-1208 de 2008; T-282 de 2009; T-041, T-137, T-151 y T-813 de 2010; T-474 y T-701 de 2011; T-208 de 2013.

⁴ CC SU116-2018

29. Sin embargo, a partir de la variedad de asuntos que se presentaban, fue menester que en el año 2015 la Corte nuevamente unificara su jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y contra actuaciones de los jueces de amparo anteriores o posteriores al fallo, lo que hizo en la sentencia SU-627 de 2015.

Fue así como indicó que para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro del mismo o contra una actuación previa o posterior a este.

30. Así, si la acción se dirige **contra la sentencia de tutela** la regla es la de que no procede teniendo en cuenta lo siguiente:

i) “Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional”⁵; y,

ii) Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal, la acción puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y, por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, **(a)** la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; **(b)** se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y **(c)** no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

31. Por otra parte, si la acción de tutela se dirige **contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia**, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad al fallo, así:

(iii) Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados

⁵ Resaltado fuera del texto.

por la tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción, el amparo sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión; y

(iv) Si la actuación acaece con posterioridad al fallo y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en el mismo, la acción de tutela no procede, pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción contra providencias judiciales, el amparo puede proceder de manera excepcional.

32. De modo que cuando se trata de sentencia contra fallo de tutela la jurisprudencia ha sido clara en la imposibilidad de que esta se promueva contra fallo proferido por el pleno de la Corporación o una de sus Salas de Revisión, quedando la posibilidad de impetrar la nulidad ante el mismo Tribunal; pero si ha sido emitido por otro juez o tribunal procede excepcionalmente si existió fraude, además de que se cumplan los requisitos de procedencia general contra providencias judiciales y la acción no comparta identidad procesal con la sentencia atacada, se demuestre el fraude en su proferimiento y no se cuente con otro medio de defensa.

Si se trata de actuación de tutela una será la regla cuando esta sea anterior y otra cuando es posterior. Si se trata de actuación previa al fallo y tiene que ver con vinculación al asunto y se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción, el amparo puede proceder incluso si la Corte no ha seleccionado el asunto para su revisión; y si es posterior a la sentencia y se busca el cumplimiento de lo ordenado, la acción no procede a no ser que se intente el amparo de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción contra providencias judiciales, evento en el que procedería de manera excepcional.

En ese orden de ideas, no resulta procedente por la vía constitucional evaluar los reparos que propone la demandante respecto de las decisiones adoptadas en sede constitucional, razón por la cual **Elena Maritza Ortiz Ortiz**

debe esperar que la Corte Constitucional, en caso de que seleccione el asunto, emita un pronunciamiento definitivo acerca de la temática que propone.

4. Adicional a lo dicho, encuentra la Sala que la actora tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo e interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la resolución 449 del 11 de mayo del año en curso - confirmada vía reposición, el 5 de junio-, con la facultad de solicitar medidas cautelares a su favor, como lo sería la suspensión de sus efectos.

Lo anterior porque, no obstante, la resolución emitida por la E.S.E Hospital Universitario “*Hernando Moncaleano Perdomo*” derivó del cumplimiento de una orden de tutela, lo cual, en principio, llevaría a concluir que se trata de un acto de ejecución no es susceptible de ataque judicial, ciertas circunstancias que se revelan en este caso indican su procedencia excepcional al advertirse que la administración expresó su voluntad más allá del simple acatamiento del mandato en comento.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional, en sentencia T-923-2001⁶ manifestó que *«como regla general, frente a los actos de ejecución de las sentencias no procede recurso alguno en vía gubernativa ni control judicial; sin embargo, sí procederán, de forma excepcional, cuando quiera que la decisión de la administración vaya más allá de*

⁶ En similar sentido CC T-533-2014

lo ordenado por el juez, en la medida en que se cree, modifique o extinga una determinada relación jurídica entre el Estado y un particular.»

Tesis que se acompasa con lo expresado por el Consejo de Estado, a través de su jurisprudencia, así:

«... Así las cosas, debe decirse, que en los eventos en que la administración da cumplimiento a decisiones emitidas por autoridades judiciales únicamente profiere actos que ejecutan el contenido material de las mismas sin que, en principio, haya lugar a establecer situaciones jurídicas nuevas o distintas a las que fueron objeto de debate y conclusión en sede judicial. Esta última precisión en razón a que si el acto expedido por la administración, en cumplimiento de una decisión judicial, no sólo aborda aspectos distintos a los expresados en la decisión a ejecutar sino que da lugar a la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas a favor de los particulares, ellos da lugar a un típico acto administrativo susceptible de control judicial.»⁷

Es por ello que ha indicado, que:

« ... en cada caso concreto deberá analizarse materialmente el contenido del acto calificado como de ejecución, con el ánimo de establecer con certeza si a través del mismo se está dando cumplimiento a una orden previa o si, por el contrario, a pesar de su denominación, se está modificando la orden o adicionando o decidiendo aspectos no incluidos en ella, por cuanto, en este último caso estaríamos en presencia de un acto que si es enjuiciable, por lo menos parcialmente¹, por exteriorizar la voluntad de la Administración.»⁸

⁷ C.E. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B", 14 de noviembre de 2013, Rad. 05001-23-31-000-2003-00490-01(2277-12)

⁸ C.E. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, 25 de marzo DE 2010, Rad. 25000-23-25-000-2004-02965-01(2786-08)

Y al tenor de lo prenombrado se tiene que en el fallo de tutela no se dispuso de manera concreta la desvinculación de la acá actora, en tanto, lo que se dispuso fue:

“PRIMERO: Amparar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos de los accionantes KENYI POLANÍA MEDINA, CLAUDIA PATRICIA GARZÓN BURGOS, LUZ HELENA SUÁREZ, ERMELINDA WALTEROS CUELLAR, NANCY ESPINOSA RODRÍGUEZ, GINA FERNANDA DUERO LAVAO, ELVIA MARÍA ESCOBAR HERRERA, NANCY CUELLAR ORTIZ, ADRIANA CEPEDA VARGAS, DORIS ADRIANA SALAZAR DÍAZ y DIANA MILENA ROJAS GUTIÉRREZ, conforme a las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Extender el amparo constitucional a las ciudadanas HERMINDA LEYTON RAMÍREZ, MAYERLY PERDOMO HERNANDEZ, CLAUDIA MARCELA VARGAS MORALES y BEDERLEY MÉNDEZ REALPE, quienes también conforman la lista de elegibles para proveer el cargo Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 11, de acuerdo a los argumentos antes esbozados.

TERCERO: Ordenar Representante Legal y/o Nominador de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a hacer uso de la lista de elegibles que se encuentra vigente para proveer el cargo Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 11 -Resolución No. CNSC 20182110174295 del 05 de diciembre de 2018-, debiendo nombrar en estricto orden de mérito a los ciudadanos KENYI POLANÍA MEDINA, CLAUDIA PATRICIA GARZÓN BURGOS, LUZ HELENA SUÁREZ, ERMELINDA WALTEROS CUELLAR, NANCY ESPINOSA RODRÍGUEZ, GINA FERNANDA DUERO LAVAO, ELVIA MARÍA ESCOBAR HERRERA, NANCY CUÉLLAR ORTIZ, ADRIANA CEPEDA VARGAS, DORIS ADRIANA SALAZAR DÍAZ, DIANA MILENA ROJAS GUTIÉRREZ, HERMINDA LEYTON RAMÍREZ, MAYERLY PERDOMO HERNÁNDEZ, CLAUDIA MARCELA VARGAS MORALES y BEDERLEY MÉNDEZ REALPE, en las nuevas vacantes generadas (67) con posterioridad a la Convocatoria 426 de 2016 y que se encuentran provistas actualmente en provisionalidad, para lo cual, deberá realizar todos trámites administrativos pertinentes.

Determinación que el Tribunal modificó en el sentido de:

ADICIONAR el numeral primero y tercero del fallo recurrido en el sentido de amparar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos a las accionantes Suelen Fierro Restrepo, Yaneth Leyva Rubiano, Yennni Alexandra Parra Chávarro y Yurani Camero Bautista, conforme a las razones atrás expuestas. En consecuencia, ordenar al Representante Legal de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a hacer uso de la lista de elegibles vigente para proveer el cargo Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 11, en estricto orden de mérito para nombrar a las quejas en las nuevas vacantes generadas con posterioridad a la Convocatoria 426 de 2016, que se encuentran provistas en la actualidad en provisionalidad, para lo cual realizará los trámites administrativos pertinentes.

Y por ello, el Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo” efectuó un procedimiento de caracterización para «determinar que servidor público se le debía dar por terminado la provisionalidad» y en tal sentido «se tuvo en cuenta los documentos allegados en la caracterización realizada por la entidad, y las condiciones de protección especial consagradas en el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, previa revisión de las hojas de vida de cada empleado nombrado en provisionalidad en el cargo de Auxilia área salud código 412 grado 11», el cual, una vez culminado, le llevó a desvincular a la libelista al no identificar situación de especial protección a su favor, esto es, por enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, padre o madre cabeza de familia, condición de pre pensionados o de empleado amparado por fuero sindical.

Desde esa perspectiva, si a su desvinculación se llegó luego de cumplir la valoración de especiales circunstancias para descartar alguna de ellas, esto, luego de un trámite ejecutado al interior de la institución, es dable afirmar que se exteriorizó a voluntad de la administración más allá del simple acatamiento de la orden judicial y por ello, se habilita a favor de **Elena Maritza Ortiz Ortiz** la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a exponer su criterio a través de la acción de nulidad y restablecimiento.

Mecanismo judicial que establece herramientas para contener un eventual perjuicio irremediable como el que se invoca en este asunto -sostenimiento de su núcleo familiar-, en particular, la suspensión del acto que acusa, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011⁹ y que en virtud del artículo 233 *ejusdem*, se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda, es más, sin previa notificación a la otra parte si se evidencia que por su urgencia no es posible agotar el trámite ordinario previsto de forma ordinaria -canon 234 del mismo cuerpo normativo-.

Medida que, precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por consiguiente, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

⁹ Nuevo Código Contencioso Administrativo.

Frente a la efectividad de las medidas previstas en la norma en mención, ha dicho la Corte Constitucional:

[...] las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art.86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia de perjuicio irremediable¹⁰. (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido resolver frente a la legalidad de los cuestionados actos administrativos.

5. En virtud de lo anterior, se declarará improcedente la presente solicitud de amparo.

6. Finalmente, en lo relativo a la intervención de Aldemar Losada Tovar -quien acudió al trámite como tercero con interés¹¹- por medio de la cual deprecó la extensión de los efectos de la protección de amparo que elevó la actora, ningún pronunciamiento a ese respecto corresponde hacer, dado que no sólo la acción

¹⁰ CC T-733/14.

¹¹ Sobre esta figura, cfr. CC T-269 de 2012.

constitucional se declara improcedente sino que, no se tuvo al señalado como actor y por ello, no fue posible garantizar el derecho a la defensa de las partes accionadas y menos auscultar de forma específica su situación respecto de los actos que acá se alegaron.

Por lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 3**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1°. DECLARAR improcedente el amparo invocado.

2°. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3°. De no ser impugnado este fallo ante la Sala de Casación Civil de la Corporación, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase



GERSON CHAVERRA CASTRO



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria