

PROCEDENCIA DE LA TUTELA SI EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL – Debe determinarse en cada caso concreto / CONCURSO DE MERITO – Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio

La Sala considera que la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, debe determinarse teniendo en cuenta cada situación particular que se ponga en conocimiento, en cuanto es así como debe entenderse lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. En el caso concreto, es evidente que los actos administrativos de contenido particular y concreto que aunque de trámite o preparatorios, se vuelven definitivos porque imposibilitan la continuación en el concurso, son susceptibles de control jurisdiccional. Por ello, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente habida cuenta de su naturaleza subsidiaria y residual. No obstante, ha de examinarse la efectividad de la acción ordinaria para efectos de lograr que la accionante, en el evento de ser cierta la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, logre continuar en igualdad de oportunidades en el concurso para el empleo de carrera administrativa al que aspira. En ese sentido es claro que, para los fines que persigue la accionante, el medio de defensa ordinario no representa eficacia en tanto la actora en primer término debe adelantar una solicitud de conciliación pre judicial para, posteriormente, someter a control judicial tales actos. Entretanto, ante el avance del trámite del concurso, cualquier decisión judicial no resultaría oportuna. Es por esta razón que ejerce la tutela a título de mecanismo transitorio y, en tanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, no se vislumbra que utilice este remedio constitucional para eludir el control ordinario del acto administrativo, por la autoridad judicial competente. En consecuencia, a juicio de la Sala, en este caso concreto, la acción de tutela procede. Ahora bien, su prosperidad dependerá de si está o no acreditado que se irrogan vulneraciones o amenazas a derechos fundamentales de la actora por cuenta de las decisiones que le impiden continuar en el concurso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción de tutela frente a concursos de méritos, Corte Constitucional, sentencia T-052 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., once (11) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-15-000-2009-01700-01(AC)

Actor: MARIA VICTORIA HERNANDEZ ACERO

Demandado: AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCION SOCIAL

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009, por la Sección Segunda – Sub sección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró

improcedente la acción de tutela propuesta por MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ ACERO

ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ ACERO, en nombre propio, presentó demanda de tutela contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil en procura de obtener el amparo a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

En la solicitud plantearon las siguientes pretensiones:

“... me veo obligada a acudir a la ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO, en orden a solicitar, en defensa de mis derechos constitucionales al DEBIDO PROCESO y a la IGUALDAD el que su autoridad disponga mi reincorporación en el proceso de Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que se me tenga como admitida en el Concurso de Méritos en orden a integrar la LISTA DE ELEGIBLES en tanto la jurisdicción contencioso-administrativo resuelve lo pertinente.”

2. De los hechos

La peticionaria sustentó el amparo solicitado con base en los siguientes presupuestos fácticos que, a consideración de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia.

1. Mediante Convocatoria 001 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió a concurso diferentes cargos de carrera administrativa, proceso en el cual la accionante manifestó haber superado la prueba básica, la prueba funcional y la comportamental así como, tener los estudios profesionales para el cargo de Profesional Especializado Grado 22.
2. El 22 de agosto de 2008, se inscribió ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para optar por el empleo antes mencionado y, que para efectos del concurso, fue identificado con el N°45155 y el código 2820 a ser

desempeñado en la Dirección Técnica de la Red de Solidaridad Social de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.

3. El 15 de octubre de 2008, la Coordinadora Nacional del Área de Gestión de Talento Humano de Acción Social, le notificó el no cumplimiento de requisitos mínimos para el proceso de selección que adelantaba.
4. La accionante presentó recurso de reposición el 17 de octubre de 2008, solicitando la revocatoria de la decisión y en consecuencia, se le permitiera continuar en el proceso de Convocatoria 001 de 2005.
5. El 23 de octubre de 2008 fue resuelto en el sentido que no cumplía con la experiencia profesional relacionada de 37 meses exigida, para el cargo al que aspira.
6. El 18 de agosto de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil, incluyó su nombre en la lista de no admitidos para efectos de la Convocatoria No.001 de 2005.
7. Dentro de la correspondiente oportunidad, efectuó reclamación a través del aplicativo del sitio de internet de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Solicitó la revisión de la documentación que aportó con la cual dijo, acreditaba el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el empleo y su reincorporación al concurso.
8. Mediante oficio 01-02-2009-25088, el Equipo Técnico Fase II de la Comisión Nacional del Servicio Civil, confirmó la declaración no cumplimiento de los requisitos exigidos para el empleo identificado con el código 45155.

3. Trámite de la solicitud

La demanda fue interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; corporación que, en auto del 9 de noviembre de 2009, dispuso avocar el trámite de la acción de tutela y notificar esa decisión al Director de la Comisión Nacional de Servicio Civil y al Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por la accionante en su solicitud.

4. Argumentos de defensa en primera instancia

4.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

Señala que a la accionante se le ha garantizado en todo momento su participación dentro de la convocatoria por lo que ha podido hacer uso de todos los recursos que tuvo a su alcance.

Que de conformidad con lo establecido en los artículos 5° del Acuerdo 21 de 2008; 50 del Decreto 1950 de 1973 y 4° de la Ley 190 de 1995, la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos es responsabilidad de los Jefes de Personal, cuya decisión puede ser objeto del recurso de reposición en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Asimismo, refiere que el artículo 12 del Decreto ley 760 prevé que el análisis de tales requisitos mínimos no puede constituirse en una prueba de selección en tanto que, sólo se verifica el cumplimiento de una norma, susceptible de reclamación en sede administrativa de conformidad la ley 190 de 1995 que permite impugnar la lista de no admitidos ante la Comisión, dentro de los dos días siguientes a su publicación.

Expone finalmente que el hecho que la accionante haya superado otras etapas de la convocatoria, no tiene implicación jurídica pues la verificación de requisitos mínimos no es una prueba de selección y, en el caso que un aspirante no los cumpla o aporte documentos falsos o adulterados, debe ser retirado en cualquier etapa que se encuentre.

Sostiene que en el presente caso, hay una carencia de objeto tutelable en cuanto no hay vulneración ni amenaza a ningún derecho fundamental.

La Agencia Presidencial Para la Acción Social

Esta accionada contestó en forma inoportuna lo que determina que las alegaciones en su defensa, no sean tenidas en cuenta.

5. Sentencia impugnada

La sentencia de primera instancia, como ya se dijo, declaró improcedente la acción propuesta por MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ ACERO.

Entre los motivos principales de esa decisión, se encuentran los siguientes:

- Que la tutelante acudió a la acción de tutela para que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil reincorporarla al concurso que se lleva a cabo con ocasión de la Convocatoria 001 de 2005, porque considera que ostenta las calidades que exige el cargo de Profesional Especializado Grado 22 en la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.
- Que debe establecerse la existencia de un peligro inminente en la situación de la accionante dentro del trámite del concurso público, en orden a determinar la procedencia de la acción, en virtud de que la accionante la ha solicitado como mecanismo transitorio.
- Cita la sentencia del 6 de agosto de 2009 de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez que, a juicio del tribunal de instancia, decidió una situación similar en la que se determinó la improcedencia de la acción de tutela para impugnar actos administrativos expedidos en proceso de concursos de méritos, habida cuenta de la existencia de otros medios de defensa judicial.
- Con fundamento en ese precedente, declaró la improcedencia de la solicitud de tutela.

6. La impugnación

La señora MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ ACERO arguye como fundamento de su impugnación, las razones que expuso la Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino para salvar su voto en la decisión objeto del presente análisis, de conformidad con las cuales, la acción de tutela es procedente en cuanto se pretende la incorporación en un concurso de méritos próximo a finalizar, y en el cual la actora ha realizado la prueba básica, de conocimiento y comportamental y aún ante la existencia de otro mecanismo judicial dispuesto por el ordenamiento, es procedente la acción de tutela en cuanto aquel no resulta idóneo ni eficaz para resolver el asunto puesto a consideración del Tribunal.

Concluye insistiendo en que se requiere la adopción de medidas inmediatas y urgentes frente a la transgresión de derechos fundamentales y en tanto la acción de nulidad y restablecimiento se sólo podría instaurarla a la culminación del concurso y cuando se produzca el nombramiento de la persona que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles, por lo cual está abocada a la causación de un perjuicio irremediable

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los eventos especificados. Se trata de un mecanismo residual y subsidiario, pues solamente opera en ausencia de otra vía de defensa judicial, salvo cuando se ejerce como mecanismo transitorio con el propósito de evitar un perjuicio irremediable.

La sentencia impugnada acoge la tesis de la improcedencia de la acción de tutela cuando se pretenda controvertir actos administrativos particulares expedidos en concurso de méritos, como el que es objeto de análisis en la presente decisión.

La Sala considera que la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, debe determinarse teniendo en cuenta cada situación particular que se ponga en conocimiento, en cuanto es así como debe entenderse lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Para resolver si la decisión a quo de declarar improcedente la tutela está acorde con la Constitución y con lo sostenido por el precedente jurisprudencial, considera la Sala necesario establecer cuál es el acto o actos que tienen la potencialidad de vulnerar o amenazar derechos fundamentales alegados en la solicitud de tutela.

El artículo 5 del acuerdo 21 de 2008¹, que rige el procedimiento que ha de emprender la Comisión Nacional del Servicio Civil para el desarrollo de la Fase II del concurso de la Convocatoria 001 de 2005, se apoya en lo que ha dispuesto el artículo 50 del decreto 1950 de 1973² en relación con el procedimiento para la provisión de un empleo y, en especial, para su posesión según el artículo 4 de la ley 190 de 1995³

Bajo esas previsiones normativas, los primeros actos administrativos que podrían vulnerar los derechos alegados por la accionante son los expedidos por la Coordinadora Nacional del Área de Gestión de Talento Humano de Acción Social que decide inicialmente y en virtud del recurso de reposición, que “no acredita el tiempo de experiencia previsto por el empleo” y que “la experiencia profesional relacionada exigida de 37 meses no se cumple”.

Con posterioridad, y de conformidad con el inciso 4 del artículo 5 del Acuerdo 21 de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil expide un nuevo acto administrativo que, de manera definitiva, excluye a la actora del proceso del

¹ **Artículo 5º.- Verificación de requisitos mínimos.** *Los requisitos mínimos son los establecidos para cada cargo según la información de los manuales específicos de funciones reportada por las entidades para la publicación de la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-.*

*Los documentos que soporten el cumplimiento de los requisitos mínimos para el ejercicio del empleo deberán ser allegados por el aspirante a la entidad a la cual pertenece el cargo objeto de concurso, en las fechas que determine la Comisión Nacional del Servicio Civil. De conformidad con el artículo 50 del decreto 1950 de 1973 y del artículo 4 de la Ley 190 de 1995, **la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos es responsabilidad de los Jefes de Personal de cada entidad, o quien haga sus veces. La decisión frente al cumplimiento de requisitos mínimos será emitida por el Representante Legal de la entidad**, contra la cual procede el recurso de reposición en los términos del Código Contencioso Administrativo.*

La comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos para el empleo objeto de concurso se hará teniendo como base lo publicado por la entidad en la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC).

De conformidad con el artículo 12 del decreto ley 760 el aspirante no admitido a un proceso de selección podrá reclamar su inclusión el mismo, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de la lista de admitidos y no admitidos a la Fase II del concurso

² **ARTICULO 50.** *Los Jefes de Personal de los organismos administrativos o quienes hagan sus veces deberán verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades a que se refiere el artículo anterior.*

El incumplimiento de esta obligación constituye causal de mala conducta.

³ **ARTÍCULO 4o.** *El jefe de la unidad de personal de la entidad que reciba una solicitud de empleo, o quien haga sus veces, dispondrá de un término de quince (15) días para velar por que la correspondiente hoja de vida reúna todos los requisitos.*

Si a ello hubiere lugar, dejará constancia escrita de las correspondientes observaciones.

concurso. Contra ese acto la actora interpuso recurso de reposición que fue decidido oportunamente en el sentido de confirmar la exclusión del concurso.

La razón en una y otra oportunidad argüida por ambas entidades que concurren en la resolución de la situación de la accionante, es la misma: la carencia de la experiencia exigida para optar por el empleo para el que concursa.

Es evidente que esos actos administrativos de contenido particular y concreto que aunque de trámite o preparatorios, se vuelven definitivos porque imposibilitan la continuación en el concurso, son susceptibles de control jurisdiccional. Por ello, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente habida cuenta de su naturaleza subsidiaria y residual.

No obstante, ha de examinarse la efectividad de la acción ordinaria para efectos de lograr que la accionante, en el evento de ser cierta la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, logre continuar en igualdad de oportunidades en el concurso para el empleo de carrera administrativa al que aspira.

En ese sentido es claro que, para los fines que persigue la accionante, el medio de defensa ordinario no representa eficacia en tanto la actora en primer término debe adelantar una solicitud de conciliación pre judicial para, posteriormente, someter a control judicial tales actos. Entretanto, ante el avance del trámite del concurso, cualquier decisión judicial no resultaría oportuna.

Es por esta razón que ejerce la tutela a título de mecanismo transitorio y, en tanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, no se vislumbra que utilice este remedio constitucional para eludir el control ordinario del acto administrativo, por la autoridad judicial competente.

La Corte Constitucional en Sentencia T -052 de 2009⁴, prohijó la tesis de la procedencia de la acción de tutela en una situación similar y al respecto expuso:

“Con relación a la procedencia de la acción de tutela interpuesta como consecuencia de una irregularidad dentro de un concurso de mérito, esta Corporación ha sostenido que:

⁴ *M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza*

“ En lo que hace referencia a los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, a pesar de la presencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto esta última no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y de acceso a los cargos públicos.” (Sentencia T-514 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).”

En consecuencia, a juicio de la Sala, en este caso concreto, la acción de tutela procede. Ahora bien, su prosperidad dependerá de si está o no acreditado que se irrogan vulneraciones o amenazas a derechos fundamentales de la actora por cuenta de las decisiones que le impiden continuar en el concurso.

Sostiene la accionante que en el análisis de su hoja de vida, no le fue tomada en cuenta la experiencia laboral de 175 meses con el Ministerio de Transporte donde desempeñó labores que, a su parecer, demuestran la “notable similitud” de éstas, con las que exige el cargo sometido a concurso y ofertado por la Agencia Presidencial para la Acción Social.

Una vez presentado el recurso de reposición contra el acto que determinó el no cumplimiento de los requisitos mínimos, La Comisión Nacional del Servicio Civil, expuso que las funciones descritas en la Dirección Nacional de Transporte Marítimo y en la Dirección de Transporte y Tránsito “...no es tomada en cuenta ya que el perfil del empleo solicita EXPERIENCIA PROFESIONAL RELACIONADA de la DIRECCIÓN TÉCNICA RED DE SOLIDARIDAD SOCIAL en lo referido a los programas habitacionales de Acción Social para la población en situación de desplazamiento y las funciones desempeñadas en el periodo son relacionadas con transporte marítimo terrestre y fluvial” (fl. 36) (Mayúsculas del texto original)

Ahora; de las pruebas aportadas al proceso (fls. 17 y 18), el perfil que requiere el cargo ofertado por acción social es el de un profesional en arquitectura, ingeniería civil, construcciones civiles, urbanismo, ingeniería ambiental con título de especialización que, en términos generales, desempeñará funciones en materia de vivienda y mejoramiento de necesidades básicas insatisfechas a un sector específico de la población colombiana.

A partir de la constancia sobre funciones realizadas por la accionante en el Ministerio de Transporte (fls. 38 a 43), la Sala observa que, en esa entidad, el

desempeño profesional de la señora MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ ACERO, se contrae a funciones en materia de tránsito, transporte e infraestructura vial.

Se concluye entonces que si el cargo a proveerse exige experiencia **relacionada**⁵, se imponía a la actora, demostrar en la oportunidad requerida dentro del trámite del concurso, que posee la que concierne a manejo de temas de vivienda y mejoramiento de necesidades básicas, aun cuando no haya sido adquirida en la entidad ofertante. Como la que demostró fue experiencia en funciones de tránsito, transporte e infraestructura vial, no se aprecia que las decisiones que cuestiona configuren arbitrariedad o abuso de la autoridad competente.

Se impone, en consecuencia, modificar el fallo impugnado a fin de negar la tutela solicitada, por no encontrarse demostrada existencia de vulneración de derechos fundamentales imputable a los actos proferidos por las accionadas

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia del 23 de noviembre de 2009, proferida por la Sección Segunda, Sub sección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, **NEGAR** la tutela propuesta por la señora MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ ACERO.

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

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al de ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

⁵ *El artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 4476 de 2007, define experiencia relacionada: “Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio”*

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA