

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejera Ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2007)

Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00150-01(AC)

Actor: MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO

Referencia: Acción de Tutela

Impugnación contra la providencia
de 18 de mayo de 2007 del
Tribunal Administrativo de Nariño.

F A L L O

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte actora contra la providencia de 18 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

La señora MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO, en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la no discriminación de las madres cabezas de familia.

Indicó como hechos que dieron origen a la presente acción los siguientes:

El Gobierno Nacional a través del Decreto 3982 de 11 de noviembre de 2006, reglamentó parcialmente el Decreto Ley 1278 de 2002 y estableció el proceso de selección mediante concurso para la carrera docente.

La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Convocatoria No. 004-052 de 2006, llamó a concurso de méritos de directivos docentes y docentes.

En cumplimiento de dicha convocatoria, la actora se inscribió para participar en el concurso de méritos y el día 14 de enero de 2007, en las instalaciones de la Universidad de Nariño, presentó la prueba de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica y en virtud de ello no pasaba a la siguiente etapa del concurso, toda vez que el puntaje mínimo aprobatorio en cada una de las pruebas era de 60 puntos..

El 7 de febrero de 2007 se publicaron los resultados de las pruebas en las que obtuvo un puntaje promedio de 60.49 puntos, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 3982 de 2006, pasaba a la siguiente fase del concurso.

Mediante Resolución No. 088 de 23 de marzo de 2007, la Comisión Nacional de Servicio Civil dejó sin efectos los resultados publicados el 7 de febrero de 2007, modificó el cronograma del concurso y dispuso una nueva publicación de resultados, la cual se llevaría a cabo el 26 de marzo de 2007.

En la nueva publicación de resultados se señaló que en la prueba de aptitudes y competencias básicas había obtenido un puntaje de 59.83 y en la psicotécnica 62.48.

Manifestó que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 6 del Decreto 3982 de 2006 la Comisión Nacional del Servicio Civil no podía modificar el sistema de calificación de las pruebas.

Señaló que el sistema de calificación promediada se utilizó en concursos anteriores para la carrera de docentes y directivos docentes sin que se hubiese realizado cambio alguno sobre el particular.

Consideró que la decisión de las entidades accionadas vulnera sus derechos, en tanto con ocasión de la misma se le niega la posibilidad de continuar en la siguiente fase del concurso.

Estimó que las actuaciones desarrolladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el ICFES vulneran el derecho al debido proceso administrativo, pues las reglas del concurso fueron modificadas sin justificación alguna.

Concluyó que por ser madre cabeza de familia merece una protección especial por parte del Estado y que se le garanticen los derechos invocados.

Solicitó el amparo de los derechos invocados y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas que se le "RESPETE EL DERECHO de haber PRESENTADO y APROBADO LAS PRUEBAS DE APTITUDES BASICAS Y PSICOTECNICAS, cuyo resultado se publicó el 7 de febrero de 2007, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006 y la Convocatoria No. 004-052 de 2006".

Una vez avocado el conocimiento por el Tribunal Administrativo de Nariño, se ordenó notificar a las accionadas.

LA OPOSICION

- El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES, se pronunció de la siguiente manera en relación con el escrito de tutela:

Sostuvo que la acción resulta improcedente por existir otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos que la actora estima vulnerados.

Aclaró que no se vulnera el derecho al trabajo de la accionante ni de ningún otro participante en el concurso, quienes solo adquieren un derecho cuando se expide el acto administrativo que define la situación jurídica de cada uno de ellos en el concurso, una vez se han surtido todas las etapas del mismo.

Argumentó que durante todas las etapas del concurso no es posible hablar de derechos adquiridos, pues los participantes tienen una mera expectativa de pasar el concurso.

Concluyó que el solo hecho de adquirir la condición de participante en un proceso de selección de esta índole, no otorga necesariamente el derecho a acceder a cualquiera de los cargos públicos vacantes, porque es necesario que se surtan todas las etapas del concurso, se superen las pruebas con los puntajes requeridos y finalmente se conformen las listas de elegibles.

Anotó que el ICFES no ha vulnerado el derecho al debido proceso ya que no ha cambiado las reglas del concurso establecidas en el Decreto 3982 de 2006 ni los criterios de evaluación que en él se expresan.

Resaltó que los resultados publicados el 26 de marzo de 2007 son conformes a lo dispuesto en el Decreto en mención, según el cual los puntajes de las pruebas de aptitud y competencias y la psicotécnica se deben presentar separadamente.

Anotó que no es viable suspender los actos administrativos expedidos con motivo de la Convocatoria No. 004-052 de 2006, pues no causan un perjuicio irremediable ni afectan el cumplimiento de las etapas subsiguientes del concurso. Además, no es factible declarar la nulidad de dichos actos en tanto no se da ninguno de los vicios que la ley exige para adoptar dicha determinación.

Indicó que no corresponde al juez de tutela, por carecer de jurisdicción y competencia, declarar la nulidad de actos administrativos ni decretar su suspensión provisional.

Insistió en que el ICFES no varió los puntajes obtenidos por los participantes sino que ajustó su presentación a las exigencias de ley.

Afirmó que no se vulnera el derecho a la igualdad, pues las reglas para cada concurso son diferentes; así las cosas, las reglas definidas para los

concursos que se realizaron en el 2005 no son aplicables a la Convocatoria No. 004-052 de 2006.

- La Presidenta de la Comisión Nacional del Servicio Civil, manifestó lo siguiente en relación con el escrito de tutela:

Planteó que no se desconoce el derecho a la igualdad pues cada concurso está regulado por la respectiva convocatoria, dentro de la cual se establecen las reglas de juego a las cuales deben sujetarse tanto la entidad que convoca y realiza el concurso, como cada uno de los concursantes.

Declaró que la accionante no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 3982 de 2006 para ser admitida en las pruebas de análisis de antecedentes y de entrevista.

Explicó que la segunda publicación de resultados no es más que una aclaración formal sobre la presentación de los puntajes y no altera el valor intrínseco de cada uno de ellos ni los alcances de los mismos a la luz de las reglas del concurso.

Mencionó que no se vulnera el derecho a la igualdad dado que las reglas de los concursos realizados en el 2005 son inaplicables a la Convocatoria No. 004-052 de 2006.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante providencia de 18 de mayo de 2007, negó el amparo solicitado al considerar que en efecto la publicación de resultados realizada el 26 de marzo de 2007 se ajusta a lo dispuesto en el Decreto 3982 de 2006 y que no modificó los puntajes obtenidos por la accionante en las pruebas practicadas dentro del concurso ni las reglas del mismo.

En cuanto al derecho a la igualdad señaló que cada concurso se rige por sus propias reglas, por lo que resulta inaceptable la pretensión de que a un determinado concurso para el cual la administración convocante ha fijado sus bases, se le apliquen las señaladas para concursos anteriores.

LA IMPUGNACION

La accionante inconforme con la decisión de primera instancia la impugnó, por medio de apoderado e insistió en los argumentos expuestos en el escrito de tutela en relación con la vulneración de los derechos.

Resaltó que la sentencia desconoce lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 3892 de 2006 y que el juez de tutela no realizó una adecuada interpretación de la normatividad que rige la materia objeto de análisis.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional se reglamenta mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: " Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, 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 casos que señala este decreto", la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Mediante el ejercicio de la presente acción la actora pretende en concreto que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la no discriminación de las madres cabezas de familia y en consecuencia se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES, dar validez a los resultados favorables de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y psicotécnicas publicados el 7 de febrero de 2007. Además requiere que como

consecuencia de ello se la cite a la entrevista y valoración de antecedentes.

En primer lugar advierte la Sala que los concursos tienen fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política y se ha entendido que son el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo. El concurso por su propia naturaleza de competitividad se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad.

Así las cosas, la finalidad de los concursos es que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.

La entidad estatal que convoca a un concurso (abierto o cerrado), debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma. El desconocimiento de las normas que regulan el concurso implica el rompimiento de la confianza que se tiene respecto de la institución y

atenta contra la buena fe de los participantes¹. Además, con dicha conducta las entidades infringen normas constitucionales y vulneran los derechos fundamentales de quienes de buena fe participaron en el concurso.

En segundo lugar, la Sala resalta que quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad de que se respetarán las reglas impuestas. Cuando éstas no son tenidas en cuenta por la entidad que lo ha convocado o se cambian en el curso de su desarrollo se desconoce el principio constitucional de la buena fe.

De los documentos obrantes en el expediente se advierte que en efecto la señora MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO, participó en el concurso de méritos para docentes adelantado mediante Convocatoria No. 004-052 de 2006 (fl. 7), y que el 7 de febrero de 2007 se publicó el resultado del mismo en los que se indica que su promedio es de 60.49 puntos y que el resultado es "APROBADO" (fl. 8).

Sin embargo, a folio 95 del expediente se observa una comunicación de 26 de marzo de 2007, en la que se informa a los interesados en el concurso abierto para la selección de docentes y directivos docentes (Convocatoria No. 004-052), que mediante Resolución No. 088 del 23 de marzo de 2007, la Comisión Nacional de Servicio Civil modificó el

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

cronograma y como consecuencia los resultados de las pruebas serían publicados el 26 de marzo de 2007.

Además a folio 9 del expediente, se encuentra el resultado publicado por el ICFES en su página de Internet el 26 de marzo de 2007, en el que se señala que la actora en las pruebas de aptitudes y competencias básicas obtuvo 59.83 puntos, mientras que en la prueba psicotécnica el puntaje es de 62.48.

Al respecto aclara la Sala que las reglas básicas de dicho concurso se encuentran contenidas en el Decreto 3982 de 2006 y en la Convocatoria que obra a folios 43 a 45 del expediente, por lo que procede estudiar si las entidades accionadas las modificaron al realizar la segunda publicación de resultados.

Según el artículo 10 del Decreto 3982 de 2006, "La prueba de aptitudes y competencias básicas tiene por objeto establecer niveles de dominio sobre los saberes profesionales básicos, como también las concepciones del aspirante frente al conocimiento disciplinar y frente a sus funciones de acuerdo con lo establecido en los artículos 4, 5 Y 6 del Decreto ley 1278 de 2002.

La prueba psicotécnica valorará las actitudes, habilidades, motivaciones e intereses profesionales de los aspirantes en la realización directa de los procesos pedagógicos o de gestión institucional.

Los aspirantes presentarán las pruebas de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas en una misma oportunidad. Conjuntamente con la prueba, y con fines estadísticos, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, podrá solicitar información complementaria a los aspirantes, según requerimientos del Ministerio de Educación Nacional, en cuestionarios especialmente diseñados para ello”.

En el artículo 13 ibídem se establece que “Los resultados que obtengan los aspirantes a cargos de docentes y directivos docentes del servicio educativo

estatal, en cada una de las pruebas, valoración de antecedentes y entrevista, se expresarán en una calificación numérica en escala de cero (0) a cien (100) puntos para su registro y clasificación el puntaje incluirá una parte entera y dos (2) decimales.

La calificación mínima para superar cada una de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y psicotécnicas, y por ende ser admitido a la valoración de antecedentes y entrevista, es de sesenta puntos (60.00) para cargos docentes y setenta puntos (70.00) para cargos directivos docentes.

El resultado final del concurso obtenido por cada aspirante se expresará en escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales”.

En el acto de convocatoria, se estableció que los cien puntos corresponderán a la suma ponderada de las calificaciones obtenidas con los valores que se indican a continuación:

a. Prueba de aptitudes y competencias básicas	50%
b. Prueba psicotécnica	20%
c. Valoración de antecedentes	20%
d. Entrevista	10%

Siendo ello así, concluye la Sala que las pruebas del concurso son dos, la prueba de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica, y para superar cada una de ellas y ser citado a valoración de antecedentes y entrevista, quien concursaba para cargos docentes debía obtener una calificación mínima de 60 puntos.

No obstante, en repetidas ocasiones esta Sala ha señalado que el principio de respeto del acto propio es un componente del derecho fundamental al debido proceso y opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro.

El principio de respeto del acto propio resulta aplicable cuando: "(i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea eficaz

y jurídicamente vinculante; (ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y (iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva, como ocurre en el presente caso”².

En el presente caso aunque pueda estimarse que la publicación de resultados realizada el 7 de febrero de 2007 constituye un error por no ajustarse a los requisitos de publicación de resultados establecidos en el Decreto 3982 de 2006 y en la convocatoria del concurso abierto para proveer cargos directivos docentes y docentes, es claro que el proceder de las entidades accionadas vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la accionante pues mediante la publicación de resultados efectuada el 26 de marzo de 2007 se modificó la situación de la misma a quien se le había generado certeza sobre la aprobación de la prueba y avance a la fase siguiente del concurso, derecho que se encuentra amparado por el principio de respeto del acto propio.

De otro lado la Sala observa que las entidades accionadas pudieron, en ejercicio de lo dispuesto en los artículos 69 y 73 del C.C.A., revocar

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera Ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, Bogotá D. C., diez (10) de septiembre de dos mil tres (2003), Radicado número: 2500023240002003-01307-01, Actor: MARIO FERNANDO RIVERA BERRÍO.

directamente el acto proferido el 7 de febrero de 2007 por existir un error en la presentación de los resultados, para lo cual debían obtener el consentimiento expreso y escrito de la señora MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO; en caso de no obtener dicho consentimiento, debían demandar su anulación ante la autoridad judicial competente.

De las pruebas obrantes en el expediente no se advierte que la administración haya realizado las actuaciones tendientes a revocar el acto de conformidad con la Constitución y la Ley. Por el contrario, de manera unilateral decidió anular los resultados publicados el 7 de febrero de 2007 y emitir unos nuevos, lo que evidencia la vulneración del derecho al debido proceso de la accionante.

De otro lado, en cuanto al derecho a la igualdad, la Sala resalta que quien lo considera vulnerado debe encontrarse en las mismas condiciones de hecho y de derecho con las personas con quienes se compara, situación que no se evidencia en este asunto, pues como lo anota el a quo las reglas que se establecieron para los concursos realizados en el 2005 no pueden aplicarse a la Convocatoria No. 004-052 de 2006 pues en ella se establecieron las reglas básicas para el desarrollo de las diferentes etapas del concurso, sin que sea procedente ordenar la aplicación de otras reglas ajenas a la regulación del mismo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones esta Corporación revocará la providencia impugnada y en su lugar amparará el derecho al debido proceso de la accionante. En consecuencia ordenará a las entidades accionadas dar validez a los resultados obtenidos por la señora MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO en el concurso de méritos para proveer cargos directivos docentes y docentes – Convocatoria No. 004-052 de 2006 que fueron publicados el 7 de febrero de 2007 y como consecuencia de lo anterior citar a la actora al análisis de antecedentes y entrevista.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

1. REVOCASE la providencia de 18 de mayo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, objeto de impugnación y en su lugar AMPARASE el derecho al debido proceso de la señora MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO. En consecuencia,
2. ORDENASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES, dar validez a los resultados obtenidos por la señora MONICA

ANABEL GUERRERO MONCAYO en el concurso de méritos para proveer cargos directivos docentes y docentes – Convocatoria No. 004-052 de 2006 que fueron publicados el 7 de febrero de 2007 y citar a la actora al análisis de antecedentes y entrevista en la oportunidad correspondiente.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo,

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE
Presidente de la Sección

LIGIA LOPEZ DIAZ

MARIA INES ORTIZ BARBOSA

HECTOR J. ROMERO DIAZ

APODERADOS: EN NOMBRE PROPIO

ACCIONANTE: MONICA ANABEL GUERRERO MONCAYO

ACCIONADA: ICFES - CNSC

PRIMERA INSTANCIA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

DERECHOS INVOCADOS: AL DEBIDO PROCESO, AL TRABAJO Y AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CONFIANZA LEGITIMA.

FALLA: REVOCA Y EN SU LUGAR AMPARA