

CONCURSO DE MERITOS – Procedencia de la tutela / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008 – Confianza legítima / CONFIANZA LEGITIMA – Acto legislativo 01 de 2008 / EXCLUSION DE CONCURSO DE MERITOS – Vulneración del derecho de igualdad

Esta Sala ha considerado que en relación con los concursos de méritos, la tutela procede excepcionalmente, en virtud de la perentoriedad del proceso de avance y finalización de un concurso público para la provisión de empleos, pues el medio judicial ordinario con el que cuenta el concursante afectado o excluido para la garantía del derecho que estime conculcado, no le es idóneo ni efectivo en la oportunidad con la que se requiere la definición. La actora, en el presente caso, atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales a la exclusión en el concurso público de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la medida en que no pudo presentar la prueba correspondiente a la fase II, porque, con anterioridad y a pesar de haberse inscrito formalmente y siendo citada, decidió no presentarse al estimar que, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2008, se encontraba en las circunstancias de poder ser inscrita automáticamente para ingresar de manera extraordinaria a la carrera administrativa. De la contestación remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil se observa que, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 y, en especial del efecto fijado por la misma Corte Constitucional, esa entidad profirió la Circular 054 del 28 de octubre de 2009, de conformidad con el cual: “Para estos cargos podrán concursar todos los aspirantes habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No. 001 de 2005 que no se inscribieron para esta Fase dentro de los términos señalados por la CNSC. Las fechas para la inscripción y la realización de las pruebas será fijada oportunamente por la CNSC. Los aspirantes que no superaron la prueba básica general de preselección, la prueba de competencias funcionales, los citados que no se presentaron a la aplicación de las pruebas eliminatorias o fueron inadmitidos por no cumplimiento de requisitos, se encuentran excluidos del proceso de selección y por lo tanto no podrán inscribirse nuevamente a la Fase II.” Según lo observado, para la Sala es claro que la exclusión de la actora se da en aplicación de la Circular 054 de 2009 y, por lo tanto, es claro que producto de ese acto y de su aplicación en concreto se dio la salida del concurso. De las probanzas allegadas, la Sala estima que si bien es cierto, el aplicársele la Circular 054 de 2009 deviene de su propia determinación de no continuar para la época en el concurso en el que participaba, no lo es menos que tal decisión suya obedeció a la confianza legítima que como ciudadana depositó en la actuación del órgano competente del Estado al aprobar el Acto Legislativo 001 de 2008. En este caso si bien el cambio súbito de la regulación normativa sobre la calidad del vínculo de los empleados públicos provisionales no provino del mismo órgano o de la misma rama del poder público, a la accionante ello le resulta indiferente y por su parte sí corresponde al Estado, que es uno solo, brindarle protección para que su status particular no se afecte por causa de las decisiones que tomó al amparo de una norma vigente en cuya constitucionalidad y permanencia de buena fe la actora confió. Concluye la Sala que la decisión de la Comisión de excluir a la accionante del concurso al impedirle presentar las pruebas correspondientes a la fase II, evidentemente vulnera su derecho fundamental a la igualdad, en tanto que, en la práctica se encontraba en el mismo supuesto fáctico bajo el cual se permitió que a las personas que no se inscribieron en la fase II, pudieran reanudar los trámites pertinentes del concurso al que se hallaban inscritos. Se impone entonces revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, tutelar el derecho fundamental a la igualdad de la accionante y, en consecuencia, ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que le permita continuar con la fase II del concurso de méritos en el que se encuentra inscrita.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción de tutela en concursos de méritos: Corte Constitucional, sentencia T -052 de 2009 MP. Manuel José Cepeda Espinoza. Sobre el principio de confianza legítima: Corte Constitucional, sentencia C 478 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero. Sobre la inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008, Corte Constitucional, sentencia C 588 de 2009.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 63001-23-31-000-2010-00067-01(AC)

Actor: LINA YULIETH ACEVEDO TAMAYO

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Procede la Sala a resolver la impugnación que presentó la accionante contra la sentencia de 22 de abril del 2010 del Tribunal Administrativo del Quindío, que negó el amparo a los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora LINA YULIETH ACEVEDO TAMAYO, el día 9 de abril de 2010, ejerció acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil en procura de obtener el amparo a los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, que consideró vulnerados con ocasión de su retiro del concurso público realizado a instancias de la Convocatoria 001 de 2005.

En la solicitud de tutela formuló, específicamente, la siguiente pretensión:

“Que se ordene al Representante Legal de la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien hiciere sus veces, a que active nuevamente mi PIN con el mismo número de mi inscripción, inicial u otro para este

efecto y se ordene realizar la inscripción en el Nivel Técnico para la Fase II de la Convocatoria 001 de 2005 y de esta manera continuar con el proceso de dicho concurso”

2. De los hechos

La peticionaria sustentó el amparo solicitado con base en los siguientes presupuestos fácticos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se va a tomar:

PRIMERO.- Se encontraba nombrada en provisionalidad en la Secretaría de Educación del Departamento del Quindío en el Nivel Técnico Grado 06.

SEGUNDO.- Atendiendo a la Convocatoria 001 de 2005 prevista por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se inscribió para cargo del nivel técnico en la Secretaría de Educación del Departamento del Quindío y superó la prueba básica general de preselección, al obtener 69 puntos.

TERCERO.- En diciembre de 2008, se publicó comunicado en el sitio de internet de la Comisión Nacional del Servicio Civil respecto de la inscripción en la Fase II del concurso. Lo anterior originó confusión en la medida en que se existían rumores, según los cuales, las personas que venían desempeñando los cargos en provisionalidad con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004 no debían presentarse a concurso y debían ser inscritas de manera extraordinaria en la Carrera Administrativa.

CUARTO.- El 14 de diciembre de 2008 decidió inscribirse en la Fase II al considerar que no existía un precepto jurídico que asegurara su inscripción de manera automática en la carrera administrativa.

QUINTO.- Teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 del 26 de diciembre de 2008 dispuso la inscripción en la carrera administrativa de las personas que estuvieran ocupando cargos de carrera administrativa en calidad de provisionales o encargados, decidió no presentarse al examen de la fase II del concurso y que se realizaría el día 31 de marzo de 2009, como consta a folio 43 del expediente.

SEXTO.- El 20 de agosto de 2009 presentó ante la Oficina de Atención al Ciudadano de la Secretaría de Educación Departamental del Quindío, el formulario de inscripción extraordinaria en la carrera administrativa.

SÉPTIMO.- La Comisión Nacional de Servicio Civil dispuso mediante Circular 054 del 28 de octubre de 2009 convocar nuevamente a las personas que no habían realizado la inscripción a la Fase II de la Convocatoria 01 de 2005, para que realizaran la inscripción, toda vez que el Acto Legislativo 01 de 2008, había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 588 del 27 de agosto de 2009

OCTAVO.- El día 23 de marzo de 2010 el aplicativo de la Comisión Nacional del Servicio Civil advirtió que el PIN de la actora ya había sido usado, situación que era cierta, pues ya se había inscrito a la Fase II, pero no se había presentado a la prueba para acogerse a lo que prescribía el Acto Legislativo 01 de 2008.

Ante tal evento manifiesta haberse comunicado (no precisa las circunstancias de modo y tiempo en que lo hizo) con la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuya respuesta fue que la inscripción adicional era para las personas que no habían alcanzado a realizar su inscripción, por lo que no fue posible continuar con el concurso.

3. Trámite de la solicitud

Se interpuso ante el Tribunal Administrativo del Quindío, Corporación que mediante auto del 12 de abril de 2010 admitió la solicitud y ordenó notificar a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4. Argumentos de defensa de la Comisión Nacional del Servicio Civil

Realiza un recuento de los hechos significativos por los que ha atravesado el concurso público de la Convocatoria 001 de 2005. Específicamente, en relación con la inscripción en la Fase II y la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008, manifestó:

“No obstante lo anterior y dada la situación particular de los funcionarios inscritos a la Convocatoria 001 de 2005, que aprobaron la Prueba Básica de Preselección y que tenían la expectativa de ser inscritos de manera

extraordinaria en carrera administrativa por el acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil después de someter el tema a un largo estudio y de consolidar la información referente a los aspirantes de la convocatoria 001 de 2005 que se encontraban cobijados por el Acto Legislativo, expidió la circular No. 054 del 28 de octubre de 2009, en la que se señala que: “Entonces, en cumplimiento de la Sentencia C-588 de 2009, la CMSC reinicia el concurso de los empleos que reporten las entidades hasta el 7 de diciembre de 2009 a través del aplicativo: «información relacionada con los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008». Para estos cargos podrán concursar todos los aspirantes habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No. 001 de 2005 que no se inscribieron para esta fase dentro de los términos señalados por la CNSC. Las fechas para la inscripción y la realización de las pruebas será fijada oportunamente por la CNSC.

Los aspirantes que no superaron la prueba básica general de preselección, la prueba de competencias funcionales, los citados que no se presentaron a la aplicación de las pruebas eliminatorias o fueron inadmitidos por no cumplimiento de requisitos, se encuentran excluidos del proceso de selección y por lo tanto no podrán inscribirse nuevamente en la Fase II.

... la accionante decidió inscribirse en la Fase II en el nivel técnico y asistencial, no obstante y pese a haber sido citada por la Comisión para la prueba específica optó por no presentarse a la misma, lo que quiere decir quedó excluida de la convocatoria...

Se reitera que en ningún momento la Comisión dio directriz alguna para que los provisionales no se inscribieran a la Fase II de la Convocatoria y mucho menos para que estando inscritos no presentaran la prueba de competencias funcionales, luego si la accionante optó por inscribirse y no presentar las pruebas, las consecuencias de su decisión recaen en el (sic), pues aquí no se está frente a una acción u omisión de la autoridad por mí representada, lo que hace que la presente acción de tutela sea improcedente.”¹

5. Sentencia impugnada

Negó la tutela solicitada por considerar que, del material probatorio obrante en el proceso, resulta que la accionante, luego de superar la prueba básica se inscribió en la Fase II del concurso, pero no se presentó al examen porque consideró que se encontraba cobijada por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2008.

Teniendo en cuenta que la entidad accionada no limitó la participación en el examen correspondiente a la Fase II, y tal situación obedeció únicamente al actuar de la actora, no se advierte una actuación u omisión vulneratoria de derechos fundamentales por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

¹ Fl. 40

6. La impugnación

Como motivos de reparo contra la sentencia de primera instancia, la accionante señala que la decisión no se ajusta a los hechos que motivan la solicitud de tutela ni a los derechos que se invocan como vulnerados; se funda en consideraciones inexactas; incurre en error respecto de los principios que gobiernan el ejercicio de la tutela.

Aduce que la solicitud de tutela no se realizó con el objeto de lograr la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, sino únicamente para que se le autorice continuar en el concurso de méritos para acceder a escalafonarse, pues considera que se le brindó un trato desigual respecto de las demás personas que también se encontraban amparadas por el Acto Legislativo 01 de 2008, pero que contrario a ella, no realizaron su inscripción a la fase II.

Señala que no volvió a consultar la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, porque consideró que se encontraba amparada por un derecho derivado de la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2008.

Afirma que aquello que se dijo en la contestación de la demanda, lo único que demuestra es la vulneración a sus derechos fundamentales que fueron invocados en la solicitud, pues contrario a lo ahí expresado, no existe una protección igualitaria a quienes, en alguna oportunidad resultaban beneficiados con el Acto Legislativo 01 de 2008, porque ella, a pesar de haberlo estado, ahora se encuentra fuera del concurso por haberse inscrito a la Fase II, mientras que quienes no lo hicieron, se beneficiaron con la continuación en el concurso.

Finalmente expone que si ella se inscribió a la fase II, no fue por un capricho, sino porque en esa época, el Acto Legislativo no había sido aprobado y no le otorgaba ninguna inscripción extemporánea. Advierte que la inasistencia al examen, no puede entenderse como abandono del concurso, pues estuvo motivada en la aprobación en todas sus etapas, del Acto Legislativo 01 de 2008 por el Congreso de la República que era el órgano competente para hacerlo.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política en su artículo 86 consagró una acción judicial especial para facilitar la garantía inmediata de los derechos fundamentales dotada de un procedimiento breve y sumario que tiene como rasgos esenciales la subsidiariedad y la residualidad, porque sólo procede si no existe otro mecanismo judicial ordinario de defensa de los derechos que se consideran amenazados o conculcados.

No obstante, esta causal de improcedencia se excepciona, a las voces del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando el reclamo de protección se propone como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable que será valorado por el juez constitucional, según las circunstancias en las que se encuentra el actor, a fin de establecer que el medio judicial ordinario no resulta idóneo para evitarlo o remediarlo.

La Corte Constitucional en Sentencia T -052 de 2009², prohijó la tesis de la procedencia de la acción de tutela en situaciones similares a la que se presenta en este caso. 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:

“ 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).”

Esta Sala también ha considerado que en relación con los concursos de méritos, la tutela procede excepcionalmente, en virtud de la perentoriedad del proceso de avance y finalización de un concurso público para la provisión de empleos, pues el medio judicial ordinario con el que cuenta el concursante afectado o excluido para la garantía del derecho que estime conculcado, no le es idóneo ni efectivo en la oportunidad con la que se requiere la definición.

² M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza

La actora, en el presente caso, atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales a la exclusión en el concurso público de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la medida en que no pudo presentar la prueba correspondiente a la fase II, porque, con anterioridad y a pesar de haberse inscrito formalmente y siendo citada, decidió no presentarse al estimar que, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2008, se encontraba en las circunstancias de poder ser inscrita automáticamente para ingresar de manera extraordinaria a la carrera administrativa.

De conformidad con el acervo probatorio, la señora Lina Yulieth Acevedo Tamayo fue nombrada en provisionalidad en la Secretaría de Educación del Departamento del Quindío mediante Resolución 0438 del 28 de julio de 2003, por lo cual el día 20 de agosto de 2009 presentó la petición de inscripción extraordinaria en la carrera administrativa como se prueba a partir de los documentos que obran a folio 10 a 12.

De lo anterior se puede concluir que ciertamente la accionante obró de manera autónoma, en atención a los efectos que para su situación laboral particular otorgaba el Acto Legislativo 01 de 2008, determinación que, en concepto del Tribunal a quo, fue ocasionante de la afectación que ahora alega padecer

De la contestación remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil se observa que, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 y, en especial del efecto fijado por la misma Corte Constitucional, esa entidad profirió la Circular 054 del 28 de octubre de 2009, de conformidad con el cual:

“Para estos cargos podrán concursar todos los aspirantes habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No. 001 de 2005 que no se inscribieron para esta Fase dentro de los términos señalados por la CNSC. Las fechas para la inscripción y la realización de las pruebas será fijada oportunamente por la CNSC.

Los aspirantes que no superaron la prueba básica general de preselección, la prueba de competencias funcionales, **los citados que no se presentaron a la aplicación de las pruebas eliminatorias** o fueron inadmitidos por no cumplimiento de requisitos, se encuentran excluidos del proceso de selección y por lo tanto no **podrán inscribirse nuevamente a la Fase II.**”

Según lo observado, para la Sala es claro que la exclusión de la actora se da en aplicación de la Circular 054 de 2009 y, por lo tanto, es claro que producto de ese acto y de su aplicación en concreto se dio la salida del concurso.

En otras palabras, la aplicación de la circular emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se convirtió en la causa eficiente de la exclusión de la accionante.

Corresponde ahora determinar si de la aplicación de la Circular 054 de 2009 a su situación particular, se conculcan sus derechos fundamentales.

De las probanzas allegadas, la Sala estima que si bien es cierto, el aplicársele la Circular 054 de 2009 deviene de su propia determinación de no continuar para la época en el concurso en el que participaba, no lo es menos que tal decisión suya obedeció a la confianza legítima que como ciudadana depositó en la actuación del órgano competente del Estado al aprobar el Acto Legislativo 001 de 2008.

La Corte Constitucional ha desarrollado doctrina sobre el principio de confianza legítima que está fundada en lo siguiente:

"Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, **si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.** En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política³

En este caso si bien el cambio súbito de la regulación normativa sobre la calidad del vínculo de los empleados públicos provisionales no provino del mismo órgano o de la misma rama del poder público, a la accionante ello le resulta indiferente y por su parte sí corresponde al Estado, que es uno solo, brindarle protección para que su status particular no se afecte por causa de las decisiones que tomó al

³ Sentencia C 478 de 1998 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

amparo de una norma vigente en cuya constitucionalidad y permanencia de buena fe la actora confió.

Previendo tales conductas asumidas por los ciudadanos, la Corte Constitucional, al disponer la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008, también previó lo siguiente:

“Esta sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado.”⁴

Concluye la Sala que la decisión de la Comisión de excluir a la accionante del concurso al impedirle presentar las pruebas correspondientes a la fase II, evidentemente vulnera su derecho fundamental a la igualdad, en tanto que, en la práctica se encontraba en el mismo supuesto fáctico bajo el cual se permitió que a las personas que no se inscribieron en la fase II, pudieran reanudar los trámites pertinentes del concurso al que se hallaban inscritos.

La Sala desestimaré el amparo respecto de los demás derechos fundamentales alegados como vulnerados por la accionante, pues el derecho al trabajo y al acceso a los cargos públicos, derivados del concurso público de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no están aún consolidados en cabeza de la accionante, sino que son para ella una mera expectativa.

Se impone entonces revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental a la igualdad de la accionante y, en consecuencia, ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que le permita continuar con la fase II del concurso de méritos en el que se encuentra inscrita.

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,

FALLA

⁴ Sentencia C 588 de 2009

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 22 de abril de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental a la igualdad de la señora LINA YULIETH ACEVEDO TAMAYO.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que a la señora LINA YULIETH ACEVEDO TAMAYO se le permita continuar con la fase II del concurso de méritos en el que se encuentra inscrita.

TERCERO.- NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el Decreto 2591 de 1991, artículo 30.

CUARTO.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) siguientes al de la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO TORRES CUERVO

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA