

CONCURSO DE MERITOS – Procedencia de la acción de tutela

En primer lugar, se aclara que esta Sala en materia de concurso ha considerado que la acción de tutela procede cuando el mecanismo judicial existente no es eficaz e idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales del solicitante debido a su prolongación en el tiempo. Es decir, que la acción de tutela se presenta como un medio idóneo para asegurar la participación en condiciones de igualdad entre los concursantes, debido a la naturaleza misma de los concursos, los cuales se caracterizan por su agilidad. Por su parte, la Corte Constitucional, entre otras, mediante sentencia T-388/98 determinó que las acciones contencioso administrativas, por su prolongación en el tiempo, no consiguen en igual grado que la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en el trámite de los concursos de méritos y además, no alcanzan la protección del derecho a la igualdad concretamente, sino la compensación económica del daño causado, por lo que esta acción constitucional se torna procedente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción de tutela: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias de 3 de abril de 2008, Rad. AC-0009, MP. Ligia López Díaz y de 3 de mayo de 2008, Rad. AC-00036, MP. Héctor J. Romero Díaz.

EMPLEADOS PROVISIONALES PREPENSIONADOS – Protección / COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – Debe retirar de la Oferta Pública de Empleos cargos ocupados por prepensionados en provisionalidad

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 3905 de 2009, se entiende que el Gobierno Nacional quiso proteger a aquellas personas que estando vinculadas mediante nombramiento en provisionalidad antes del 24 de septiembre de 2004 y que al 8 de octubre de 2009, les faltaren 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, al ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil ofertar tales cargos hasta tanto se cause el respectivo derecho prestacional. (...) Según lo probado dentro del expediente se observa que el Municipio de Pereira utilizó todos los medios que tuvo a su alcance para allegar la información requerida por la CNSC, a pesar de que no lo pudo hacer por el medio establecido para el efecto, esto es, el link habilitado en la página web de esa entidad. Por lo tanto, se advierte que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la encargada de retirar de la Oferta Pública de Empleos, el empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira, que actualmente ocupa la actora, toda vez que, el Municipio de Pereira le reportó que ésta tiene la calidad de pre – pensionada, de conformidad con el Decreto 3905 de 2009. En ese orden de ideas, le asiste razón al Tribunal al concluir que el principio de buena fe debe presumirse tanto de las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas y dado que en el presente caso, tanto la actora como el Municipio de Pereira aportaron pruebas de las gestiones que adelantaron para que la CNSC retirara de la Oferta Pública de Empleos, el empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira y a pesar de esto, la CNSC no lo hizo, procede el amparo solicitado, toda vez que, tal omisión vulnera los derechos fundamentales invocados por la actora.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3905 DE 2009 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00094-01(AC)

Actor: NELCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte accionada contra la providencia de 3 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió al amparo solicitado, así:

“1. Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad social, la vida digna, la protección especial a la vejez, el mínimo vital, el trabajo y el debido proceso y en consecuencia se ordena al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, retire de la oferta pública de empleos de carrera realizada mediante la Convocatoria 001 de 2005 el cargo de técnico administrativo, nivel técnico, empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira ocupado provisionalmente por Nelcy del Socorro Correa Arcila identificada con la cédula de ciudadanía número 24.685.055, y se le permita la permanencia en dicho cargo hasta que se cause su respectivo derecho pensional (...)”

I. ANTECEDENTES

La señora NELCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA, en nombre propio, instauró acción de tutela contra el Municipio de Pereira y la Comisión Nacional de Servicio Civil, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la seguridad social en conexidad con la vida digna, a la vejez, al mínimo vital y al debido proceso administrativo.

Hechos

De los hechos narrados por la parte actora se advierten como relevantes los siguientes:

La señora CORREA ARCILA nació el 14 de agosto de 1995 y en la actualidad tiene 54 años de edad. Agrega que cotizó en Cajanal durante 20 años y 6 meses, desde el 10 de diciembre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2001 y en el ISS a partir del 1º de enero de 2002 hasta la fecha.

Informa que en la actualidad se desempeña en provisionalidad en el cargo de Técnico Administrativo de Recursos, Código 367, Grado 05, designada por la Alcaldía de Pereira mediante Decreto 501 de 7 de julio de 2003 y posesionada a través del Acta No. 127 de 8 de julio siguiente.

Señala que su subsistencia depende del empleo en mención, toda vez que, su esposo se encuentra desempleado y padece de problemas de salud que le impiden trabajar.

Alega que se encuentra cobijada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e indica, que adquiere su estatus de pensionada el próximo 14 de agosto de 2010, fecha en la que cumple 55 años de edad y más de 20 años de servicio.

Menciona que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Convocatoria No. 001 de 2005 ofertó el cargo de Técnico de Administración de Recursos, Código 367, Grado 05.

La actora se inscribió al concurso de méritos para aspirar al cargo en mención, al respecto indica, que presentó las pruebas de preselección el 12 de agosto de 2007, las cuales superó y por lo tanto, se encuentra “habilitada”.

Advierte que con la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2008 su participación en el concurso estuvo suspendida a la espera de la inscripción automática en carrera administrativa, como lo dictaba tal disposición.

Agrega que dicha inscripción no fue posible, toda vez que la Corte Constitucional declaró inexecutable el acto legislativo en mención, por lo que el concurso abierto a través de la Convocatoria No. 001 de 2005 de la CNSC, siguió su curso.

Señala que en virtud del Decreto 3905 de 2009, el 30 de octubre le informó al Alcalde Municipal de Pereira su situación de pre – pensionada y anexó los documentos que prueban el tiempo de servicios y las cotizaciones realizadas a

las diferentes entidades de previsión social, Cajanal y el ISS. Informa que se le envió copia de esta solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Indica que a través de correos electrónicos el Municipio de Pereira envió a la Comisión Nacional del Servicio Civil la información correspondiente a la clasificación de los grupos de empleos que se encuentran en la OPEC. Agrega, que en su caso, se encuentra en el tercer grupo, cobijado por el Decreto 3905 de 2009, por tener la condición de pre – pensionada.

Señala que pese a que se le informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que su cargo se encontraba bajo la situación fáctica descrita en el decreto en mención, ésta no lo retiró de la OPEC, por lo que, considera que esta omisión vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital.

Trámite previo

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por el Tribunal Administrativo de Risaralda se ordenó notificar a las partes (Fl. 67-68)

Oposición

- La apoderada del **Municipio de Pereira** se pronunció en los siguientes términos:

Mediante certificación de 26 de febrero de 2010 expedida por el representante legal del Municipio de Pereira se determinó que el cargo 46032 ubicado en Pereira, fue provisto el día 8 de julio de 2003 con la señora NELCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA, quien se encuentra en situación de pre-pensionada.

Agrega que mediante correos electrónicos la Dirección Operativa de Gestión de Talento Humano de la Alcaldía de Pereira, envió a la CNSC la información correspondiente a los cargos que se encuentran ocupados por personas en situación de pre –pensionadas igualmente la envió vía fax el 27 de enero de 2010. Advierte que la información se remitió de esta forma porque no fue posible hacerlo a través del link habilitado en la página web de la entidad para el efecto.

Por lo anterior, no puede concluirse que el Municipio de Pereira haya omitido su obligación de reportar los cargos ocupados por personas en condición de pre-pensionados, específicamente, en relación con el cargo ocupado por la actora, por lo que el Municipio no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por ésta.

Así las cosas, es la Comisión Nacional del Servicio Civil la encargada de retirar el cargo 46032 de la oferta pública (OPEC) de la Convocatoria 001 de 2005, razón por la cual, invoca la excepción de falta de legitimación por pasiva.

- La apoderada de la **Comisión Nacional del Servicio Civil** solicitó negar el amparo y advirtió que la entidad se ha ceñido estrictamente a la normatividad vigente, en los siguientes términos:

En cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009 los jefes de los organismos o entidades debían reportar a la Comisión, entre otros, los empleos cuyos titulares a la fecha de expedición del decreto, les faltaren tres años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación.

El reporte en mención se debía realizar a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página web de la entidad, www.cnsc.gov.co, para que fuera tenido en cuenta.

Agrega que verificado el caso concreto se encontró que el Municipio de Pereira no certificó ante la CNCS que el empleo que reclama la accionante está provisto por un funcionario cobijado por el Decreto 3905 de 2009, por lo tanto, el cargo de Técnico Administrativo Código 367, Grado 4, Código OPEC 46032, fue ofertado, pues la mencionada certificación era requisito *si ne qua non* para que los empleos fueran excluidos de la OPEC.

Providencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Risaralda el 3 de mayo de 2010 concedió el amparo solicitado en los siguientes términos:

Si bien podría decirse que la accionante dispone de otro mecanismo de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme

a la sentencia T-388/98 proferida por la Corte Constitucional, la acción de tutela se torna procedente, toda vez que, el ejercicio de la acción contencioso administrativa conllevaría un trámite y procedimiento que por su duración no permitiría la protección inmediata que ameritan los derechos invocados, pues para la época que se logre la resolución de la acción judicial ordinaria, ya habría surtido efectos el concurso que actualmente adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Al entrar a estudiar el fondo del asunto, advierte que la Convocatoria 001 de 2005 se inició en virtud del artículo transitorio de la Ley 909 de 2004 y posteriormente el Decreto 3905 de 8 de octubre de 2009 establece, entre otras disposiciones, que los empleos cuyos titulares a la fecha de expedición, les faltaren 3 años o menos para causar el derecho de pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Por lo tanto, de acuerdo al Decreto 3905 de 2009 los jefes de los organismos o entidades debieron reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, los empleos que se encontraban en la situación mencionada.

Advierte que el Municipio de Pereira al contestar la presente acción manifestó que la actora cumple con los requisitos señalados en el decreto referido para que el cargo que actualmente ocupa en provisionalidad, no sea ofertado en la Convocatoria 001 de 2005. Además, manifiesta que el ente territorial envió la información correspondiente vía fax, para mayor certeza de que la misma fuera recibida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, debido a que no fue posible hacerlo a través del link habilitado para el efecto en la página web de la entidad.

Agrega que teniendo en cuenta que el principio de buena fe debe presumirse tanto de las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas y que tanto la actora como el Municipio de Pereira han argumentado y allegado pruebas de las actuaciones realizadas sin que la CNSC retirara de la OPEC el cargo que actualmente desempeña la accionante en provisionalidad, en su condición de prepensionada, procede el amparo solicitado.

Impugnación

La parte accionada impugnó la anterior decisión e insistió en los argumentos del escrito de oposición.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política 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 la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la seguridad social en conexidad con la vida digna, a la vejez, al mínimo vital y al debido proceso y, en consecuencia, se ordene a la parte accionada retirar de la OPEC el cargo de Técnico Administrativo, Nivel Técnico, Empleo 46032, Código 367, Grado 5, que actualmente desempeña, en virtud de su calidad de pre – pensionada.

En primer lugar, se aclara que esta Sala en materia de concurso ha considerado¹ que la acción de tutela procede cuando el mecanismo judicial existente no es eficaz e idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales del solicitante debido a su prolongación en el tiempo.

Es decir, que la acción de tutela se presenta como un medio idóneo para asegurar la participación en condiciones de igualdad entre los concursantes, debido a la naturaleza misma de los concursos, los cuales se caracterizan por su agilidad.

Por su parte, la Corte Constitucional, entre otras, mediante sentencia T-388/98 determinó que las acciones contencioso administrativas, por su prolongación en el tiempo, no consiguen en igual grado que la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en el trámite de los concursos de méritos y además, no alcanzan la protección del derecho a la igualdad

¹ Sentencias de 3 de abril de 2008, exp. Ac-0009, M.P. Dra. Ligia López Díaz y de 3 de mayo de 2008, exp. Ac-00036, M. P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

concretamente, sino la compensación económica del daño causado, por lo que esta acción constitucional se torna procedente.

Ahora bien, de las pruebas que obran en el expediente se advierte que la señora NANCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA se inscribió al concurso de méritos abierto mediante Convocatoria No. 001 de 2005, al cargo de Técnico Administración de Recursos Código 367, grado 05, que identificó con el Código OPEC 46032, el cual desempeña en la actualidad.

Al respecto, observa la Sala que actualmente se están surtiendo las etapas del concurso en mención en relación con el cargo al cual se inscribió la actora, razón por la cual, la Sala procederá a realizar el estudio de fondo del asunto.

A través de la Convocatoria 001 de 2005 la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió concurso de méritos para proveer los cargos públicos que estuvieran provistos con nombramientos provisionales o en vacancia definitiva del Sistema General de Carrera, de conformidad con la Ley 909 de 2004.

Posteriormente, el Decreto 3905 de 2009 dispuso:

“Artículo 1°. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en los Decretos-ley 765, 775, 780, 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios.

Artículo 2°. Los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación del presente decreto, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.”

De conformidad con la normatividad descrita, se entiende que el Gobierno Nacional quiso proteger a aquellas personas que estando vinculadas mediante nombramiento en provisionalidad antes del 24 de septiembre de 2004 y que al 8 de octubre de

2009², les faltaren 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, al ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil ofertar tales cargos hasta tanto se cause el respectivo derecho prestacional.

Así las cosas, observa la Sala de las pruebas aportadas al expediente que la actora nació el 14 de agosto de 1955 y que en la actualidad tiene 54 años de edad. De otra parte, se observa que trabajó en la Registraduría Nacional del Estado Civil desde el 10 de diciembre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2001 y que mediante Decreto 501 de 2003 la Alcaldesa Municipal de Pereira la nombró en el cargo de Técnico Administración de Recursos, Código 401-05 dependiente de la Coordinadora de Área, en provisionalidad, cargo que desempeña en la actualidad.

En virtud del decreto en mención la señora CORREA ARCILA el 30 de octubre de 2009 le informó al Alcalde Municipal de Pereira su condición de pre – pensionada y anexó los documentos que corroboran tal situación.

Por su parte, el representante legal del Municipio de Pereira el 26 de febrero de 2010 certificó que el cargo 46032 ubicado en Pereira, fue provisto el 8 de julio de 2003 con la persona identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.685.055 correspondiente a la señora NELCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA, quien se encuentra en situación de pre-pensionada.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 3905 de 2009, los jefes de los organismos o entidades debían reportar a la CNSC, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de este decreto, esto es, 8 de octubre de 2009, los empleos que se encontraban en la situación fáctica descrita en el mismo.

En concordancia con lo anterior, la señora Ayda Moral Bernal, funcionaria del Municipio de Pereira, envió por correo electrónico el reporte de los cargos que se encontraban bajo la situación fáctica descrita en el Decreto 3905 de 2009, incluyendo el que actualmente ocupa la señora NELCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA, circunstancia que se encuentra probada dentro del expediente.

Igualmente el Municipio de Pereira aportó al plenario las certificaciones expedidas por el Alcalde de este ente territorial, en relación con los cargos cubiertos por el decreto en mención, las cuales también fueron remitidas a la CNSC vía fax.

² Fecha en que entró en vigencia el Decreto 3905 de 2009.

Además, el Municipio de Pereira aclaró que la información requerida por la CNSC se envió por los medios antes descritos, porque no fue posible hacerlo mediante el link habilitado en la página web de la entidad para tal efecto y por lo tanto, consideró que cumplió con su deber legal de reportar los cargos que se encontraban bajo el supuesto fáctico descrito en el Decreto 3905 de 2005.

Según lo probado dentro del expediente se observa que el Municipio de Pereira utilizó todos los medios que tuvo a su alcance para allegar la información requerida por la CNSC, a pesar de que no lo pudo hacer por el medio establecido para el efecto, esto es, el link habilitado en la página web de esa entidad.

Por lo tanto, se advierte que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la encargada de retirar de la Oferta Pública de Empleos, el empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira, que actualmente ocupa la actora, toda vez que, el Municipio de Pereira le reportó que ésta tiene la calidad de pre – pensionada, de conformidad con el Decreto 3905 de 2009.

En ese orden de ideas, le asiste razón al Tribunal al concluir que el principio de buena fe debe presumirse tanto de las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas y dado que en el presente caso, tanto la actora como el Municipio de Pereira aportaron pruebas de las gestiones que adelantaron para que la CNSC retirara de la Oferta Pública de Empleos, el empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira y a pesar de esto, la CNSC no lo hizo, procede el amparo solicitado, toda vez que, tal omisión vulnera los derechos fundamentales invocados por la actora.

Así las cosas, esta Sala confirmará la sentencia de 3 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió al amparo solicitado por la señora NELCY DEL SOCORRO CORREA ARCILA.

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

FALLA

CONFÍRMASE la providencia de 3 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, objeto de impugnación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTID BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ