

EFICACIA DEL MEDIO ALTERNATIVO DE DEFENSA - Examen en relación con el derecho fundamental

Sin embargo, en sede constitucional debe observarse también si el otro instrumento procesal que desplaza el radio de acción de la tutela es eficaz para la protección del derecho fundamental que invoca el demandante como vulnerado. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo: "...la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto de otros. Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces. Desde este punto de vista, es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva (artículos 2, 5 y 86 de la Constitución)".

CONCURSO DE MERITOS - Procedencia de la acción de tutela en el proceso de selección; ineficacia de los medios alternativos de defensa / LISTA DE ELEGIBLES - Constituye acto administrativo particular incluyente o excluyente que también puede limitar o restringir

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-086 de 1999 reiterada en otros pronunciamientos, sostuvo que el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera administrativa proveído por medio de concurso de méritos es la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, veamos: "El procedimiento administrativo complejo a que da lugar el concurso, comprende una serie de etapas (convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección), conformadas por actos jurídicos y materiales que tienden a una finalidad, como es la conformación de una lista de elegibles, con base en la cual se produce el nombramiento en período de prueba. El acto de la administración que establece la lista de elegibles constituye un acto administrativo, porque la administración, hace una evaluación fáctica y jurídica, emite un juicio y produce consecuentemente una decisión, la cual es generadora de derechos y creadora de una situación jurídica particular, en el sentido de que las personas incluidas en dicha lista tienen una expectativa real de ser nombradas en el correspondiente empleo. Indudablemente, la elaboración de dicha lista constituye un acto preparatorio de otro, como es el nombramiento en período de prueba de la persona seleccionada, pero ello no le resta a aquél su entidad jurídica propia e independiente de éste.

PROCESO DE SELECCION - Concurso de méritos; ineficacia del medio alternativo de defensa: imposibilidad práctica del restablecimiento / CONCURSO DE MERITOS - Acción de tutela como único mecanismo eficaz de protección de derechos fundamentales

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-086 de 1999 reiterada en otros pronunciamientos, sostuvo que el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados en el proceso de

selección de un aspirante a un cargo de carrera administrativa proveído por medio de concurso de méritos es la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, veamos: (...). Con respecto a las personas no incluidas en la lista por no haber obtenido el puntaje correspondiente a juicio de la administración, según las bases del concurso, se genera igualmente una situación jurídica particular y concreta aunque negativa, en el sentido de que la determinación de la lista de elegibles conlleva la decisión desfavorable a ser tenidas en cuenta para la provisión del empleo; a las personas que han sido ubicadas en dicha lista en un lugar que no corresponde, conforme a los resultados reales y atendidas las bases del concurso, también se les crea una situación jurídica de la misma índole, porque se les limita, restringe o se les anula la posibilidad de ser nombradas en el empleo que debe ser provisto. Desde un punto de vista meramente formal, es obvio que contra el acto en cuestión los afectados pueden intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; pero a juicio de la Sala este medio alternativo de defensa judicial no es idóneo y eficaz, por las siguientes razones: La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho. Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento? Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido. En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo. Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración. La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo....”.

LISTA DE ELEGIBLES - Reordenamiento al acreditarse mayores puntajes por estudios afines al cargo / COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - Reordenamiento de lista de elegibles

El señor Robayo Romero acreditó como título profesional el de Administrador de Empresas, pero también allegó una especialización en Administración Pública que como es evidente tiene una relación estrecha con el cargo de Gestor de Personal, pues si como se vio, le es exigido como requisito mínimo de formación académica el título en administración pública, mal podría decirse que no tiene afinidad con el cargo y por lo tanto no sea contada dentro de las especializaciones cursadas a efectos de obtener el puntaje correspondiente. En tal sentido, es claro que los veinte (20) puntos que conforme al artículo 20 del Acuerdo No. 8 de 2007 se otorgan por haber cursado y acreditado una especialización deben ser adjudicados al demandante. En ese orden, a efectos de computar el puntaje total de la prueba de antecedentes de estudios debe tenerse en cuenta no solamente el Diplomado en Actualización Laboral sino también la Especialización en Administración Pública. En ese escenario, la lista de elegibles se modificaría en la medida en que el puntaje asignado por la Comisión Nacional del Servicio Civil no es el correcto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00018-01(AC)

Actor: JAIRO ENRIQUE ROBAYO ROMERO

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO

Referencia: IMPUGNACION SENTENCIA. ACCION DE TUTELA

La Sala decide la impugnación formulada por la parte demandante contra el fallo proferido el 28 de enero de 2008 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual negó por improcedente la tutela de la referencia.

I.- La pretensión y los hechos en que se funda

Jairo Enrique Robayo Romero, obrando en nombre propio, promovió acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos constitucionales

fundamentales al trabajo, a la igualdad y al debido proceso administrativo, vulnerados, a su juicio, por la Comisión Nacional de Servicio Civil **CNSC** y la Escuela Superior de Administración Pública **ESAP**.

En ese contexto, con miras a la protección de tales derechos solicita:

“Acreditada como está la violación de los derechos fundamentales al Debido Proceso y al Trabajo, tal y como se explicó anteriormente, es procedente el otorgamiento de la tutela para amparar los derechos fundamentales incoados, en consecuencia ordenar a la ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA “ESAP” tener en cuenta todos los documentos aportados, en especial el tiempo laborado en la auditoría interna de Electroliza por tener funciones relacionadas y todo el tiempo laborado en la oficina de personal de Electroliza y en la firma Aon Risk Services de Colombia, igualmente las dos especializaciones de las que adjunté el título por ser relacionadas junto al curso en tácticas y estrategias de negociación, para ser adicionadas al diplomado denominado Actualización en Derecho Laboral, por lo tanto modificar mi puntaje de 58.71 a 69.14, quedando en el primer puesto y como consecuencia se le informe dicha modificación a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL “CNSC”, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo que resuelva esta tutela”¹.

Las anteriores pretensiones se fundan, en síntesis, en los siguientes hechos:

- 1.- Expresa la demandante que por cumplir con los requisitos exigidos por la convocatoria de méritos para empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de impuestos y Adunas Nacionales **DIAN**, se inscribió como aspirante en el concurso para optar por el cargo de Gestor de Personal.
- 2.- El 26 de agosto de 2007 presentó prueba escrita, en la prueba funcional obtuvo 35 puntos y en la comportamental 22.5 puntos, para un total de 57.5 puntos.
- 3.- Según lo establecido en la guía publicada en la página de Internet de la Comisión Nacional de Servicio Civil **CNSC**, la parte actora entregó fotocopia simple de las certificaciones de servicio y los estudios realizados, a efecto de ser analizados sus antecedentes de experiencia y estudio.
- 4.- El 9 de noviembre de 2007, se publicaron en la página de Internet de la Comisión Nacional de Servicio Civil **CNSC**, los resultados de antecedentes,

¹ Folio 9 de este cuaderno.

obteniendo 10 puntos por estudio y 6 puntos por experiencia; no se discriminó como se habían obtenido los respectivos puntajes, razón por la que el señor Jairo Enrique Robayo Romero, presentó reclamación vía Internet el 16 de noviembre de 2007.

5.- Mediante la Resolución 1499 del 22 de noviembre de 2007, la Comisión Nacional de Servicio Civil **CNSC**, dejó sin efectos los resultados de la prueba de análisis de antecedentes de experiencia y estudio y ordenó a la Escuela Superior de Administración Pública **ESAP** repetir la aplicación de la prueba de análisis de antecedentes a los aspirantes que superaron las pruebas eliminatorias, y además ordenó que los resultados de la prueba de análisis de antecedentes se publicaran con anterioridad al 15 de noviembre de 2007.

6.- Los resultados de la prueba de antecedentes fueron publicados el 12 de diciembre de 2007, en los que el actor obtuvo por experiencia 2.64 puntos y por experiencia 2.10 puntos.

7.- El 18 de diciembre de 2007, el señor Jairo Enrique Robayo Romero presentó reclamación vía Internet, pues para el efecto de la acreditación de experiencia y estudio no se había tenido en cuenta el tiempo laborado en la Auditoría Interna de Electroliza por tener funciones relacionadas con el cargo de Gestor de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, todo el tiempo laborado en la oficina de personal y las especializaciones relacionadas.

8.- El 21 de diciembre de 2007, el actor recibió respuesta de su reclamación, donde el jefe del Departamento de Asesorías y Consultorías indicó que no había omisión alguna, por lo que ratificaron el resultado.

9.- El consolidado final de las pruebas aplicadas se dio a conocer el 21 de diciembre de 2007, así:

PRUEBA	PUNTAJE	PESO	PUNTOS
Competencias funcionales	70	50%	35
Competencias	90	25%	22,5

comportamentales			
Análisis antecedentes estudios	2,64	12,50%	0,55
Análisis antecedentes experiencia	2,1	12,50%	0,66
TOTAL			58,71

Los resultados entregados por la Escuela Superior de Administración Pública **ESAP**, son resultado directo de la aplicación de lo contenido en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 8 del 10 de enero de 2007 de la Comisión Nacional de Servicio Civil **CNSC**.

Antecedentes de estudios: Por cada 50 horas de estudio se otorgarán 5 puntos, luego ese subtotal se dividirá en 100 y se multiplicara por 20.

Antecedentes experiencia: Por cada año de experiencia se otorgarán 5 puntos, luego ese subtotal se divide en 100 y se multiplica por 40.

10.- La manera como la Escuela Superior de Administración Pública **ESAP** calculó los antecedentes de estudio y experiencia fue la siguiente:

- Antecedentes estudios:

$$132 \times 5 / 50 = 13.2 / 100 \times 20 = 2.64 \times 12.5\% \times 2 = 0.66$$

- Antecedentes experiencia:

$$384 \times 5 / 365 = 5.26 / 100 \times 40 = 2.10 \times 12.5\% \times 2 = 0.52$$

11.- El consolidado final de las pruebas aplicadas tomando como referencia los tiempos laborados y estudios realizados según el actor deberían ser los siguientes:

En los antecedentes de estudio el actor tomó 132 horas de un diplomado de en derecho laboral y un curso de 32 horas en tácticas y estrategias de negociación y resolución en conflictos, siendo así el puntaje el siguiente:

ESTUDIO: $132 \times 5 / 50 = 13.2 + 3 = 16.2 / 100 \times 20 = 3.24$

Por educación formal se entregan 25 puntos por cada una de las especializaciones y como son 2, entonces: $50 / 100 \times 40 = 20$

El total del puntaje obtenido por antecedentes de estudio es la suma de educación formal y de educación para el trabajo y el desarrollo humano, luego: $20 + 3.24 = 23.24$

EXPERIENCIA: $4260 \times 5 / 365 = 58.35 / 100 \times 40 = 23.34$

Así las cosas el resultado debería ser:

PRUEBA	PUNTAJE	PESO	PUNTOS
Competencias funcionales	70	50%	35
Competencias comportamentales	90	25%	22,5
Análisis antecedentes estudios	23,24	12,50%	5,81
Análisis antecedentes experiencia	23,34	12,50%	5,83
TOTAL			69.14

II.- La respuesta de la entidades demandadas

A.- La Comisión Nacional del Servicio Civil, en escrito visto a folios 149 a 152 del expediente, se opuso a las pretensiones de la demanda, y señaló que la acción de tutela se torna improcedente en este caso, ya que el demandante cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa para controvertir la legitimidad y validez del concurso en el cual participó.

Precisó que la inconformidad frente a la puntuación asignada por la ESAP proviene de las siguientes situaciones:

- No se valoraron los documentos de formación académica correspondiente a la Educación Formal en la modalidad de especialización, lo cual tiene explicación en la falta de afinidad de estos programas con las funciones, responsabilidades, calidades y competencia requeridas para el empleo denominado Gestor de Personal, condiciones estipuladas en los artículos 18 y 19

del Acuerdo 008 de 2007, mediante el cual se reglamenta el proceso de selección laboral para proveer los empleos de la DIAN.

- En cuanto a la experiencia, no se tuvieron en cuenta el tiempo laborado en Auditoría Interna de Electrolima, ni en la Oficina de personal de Electrolima, por cuanto no son afines para el empleo de Gestor de personal.

Señaló que las condiciones del concurso de méritos fueron advertidas a los aspirantes que habiendo superado las etapas eliminatorias del mismo se encontraban habilitados para presentar la prueba de Análisis de Antecedentes.

Recordó, que si bien es cierto existieron inconsistencias en la calificación inicial de la prueba de análisis de antecedentes, la CNSC profirió la Resolución No. 1499 de 22 de noviembre de 2007, dejando sin efectos la calificación inicial publicada el 9 de noviembre de 2007; razón por la que el demandante en tutela no puede argumentar errores en la calificación.

Indicó, que no obstante lo anterior, la CNSC remitirá copia del escrito de tutela con el fin que la ESAP revise y, de ser pertinente, reconsidere el puntaje asignado al aspirante en la prueba de análisis de antecedentes, en relación con los factores aparentemente no tenidos en cuenta.

B.- La Escuela Superior de Administración Pública ESAP, en escrito visto a folios 199 a 203 del expediente, contestó de manera extemporánea la tutela de la referencia.

III.- El fallo impugnado

El Tribunal Administrativo del Tolima, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Jairo Enrique Robayo Moreno, en consideración a que la parte actora cuenta con otros medios o vías judiciales para reclamar por la actuación que considera violatoria de sus derechos fundamentales.

Recalcó que excepcionalmente la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio, a pesar de tener el interesado otros medios de defensa judicial, cuando estos sean insuficientes e ineficaces siempre que exista certeza

de un perjuicio irremediable inminente o próximo a suceder, con conocimiento de su causa, daño ésta que no se evidencia en el asunto *sub examine*..

Señaló que la tutela es improcedente frente a actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, tal como lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de 21 de abril de 2005, con ponencia del Doctor Filemón Jimenez Ochoa.

IV.- La impugnación

El señor Jairo Enrique Robayo Romero, impugnó el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima solicitando que se revocara y se accediera total o parcialmente a las súplicas de la demanda.

Adujo que el *a quo* se equivoca en su apreciación, por cuanto existe un perjuicio irremediable en el presente asunto y que éste si puede ser evidenciado, así:

El demandante en tutela se encuentra desempleado, y siendo padre cabeza de familia y hogar, al no tener en cuenta lo solicitado, es decir, ser el primero en la lista de elegibles, no sería nombrado para ocupar el cargo de Gestor de Personal.

Aseguró que con la documentación aportada en la demanda de tutela queda demostrado que el actor debió haber ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y por tanto ocupar el cargo de Gestor de Personal.

V.- Las Consideraciones de la Sala

1.- Pretende el demandante la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la igualdad y trabajo, vulnerados, a su juicio, por la Comisión Nacional de Servicio Civil **CNSC** y la Escuela de Administración Pública **ESAP**, al no otorgarle el primer puesto en la lista de elegibles para el cargo de Gestor de Personal en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales **DIAN**.

En ese contexto, con miras a la protección de tales derechos solicita que se ordene a las entidades demandadas lo que a continuación se expone:

“Acreditada como está la violación de los derechos fundamentales al Debido Proceso y al Trabajo, tal y como se explicó anteriormente, es procedente el otorgamiento de la tutela para amparar los derechos fundamentales incoados, en consecuencia ordenar a la ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA “ESAP” tener en cuenta todos los documentos aportados, en especial el tiempo laborado en la auditoría interna de Electroliza por tener funciones relacionadas y todo el tiempo laborado en la oficina de personal de Electroliza y en la firma Aon Risk Services de Colombia, igualmente las dos especializaciones de las que adjunté el título por ser relacionadas junto al curso en tácticas y estrategias de negociación, para ser adicionadas al diplomado denominado Actualización en Derecho Laboral, por lo tanto modificar mi puntaje de 58.71 a 69.14, quedando en el primer puesto y como consecuencia se le informe dicha modificación a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL “CNSC”, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo que resuelva esta tutela”².

2.- En orden a resolver lo pertinente en este asunto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política: *“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 a 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 señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Dispone así mismo el mencionado artículo que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.- Pues bien, precisa la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar los siguientes aspectos: el primero de ellos hace referencia a la procedencia de la acción de tutela para impugnar actos administrativos proferidos con ocasión a la realización de un concurso de méritos. El otro problema jurídico se refiere a la calificación final dada al señor Jairo Enrique Robayo Romero en la Convocatoria No. 03 de 2006 de la DIAN.

I.- Procedencia de la Acción de Tutela

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 60 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de

² Folio 9 de este cuaderno.

defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Es decir, que siempre que se desconozca el contenido de un derecho fundamental y exista para su protección un mecanismo dentro del ordenamiento jurídico, debe atenderse a su contenido debido al carácter residual de aquel instrumento constitucional. No obstante, si se probare la violación de algún derecho fundamental y pese a la existencia de ese mecanismo alterno, se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela entraría a operar de manera transitoria como el instrumento de protección eficaz para tal cometido.

Sin embargo, en sede constitucional debe observarse también si el otro instrumento procesal que desplaza el radio de acción de la tutela es eficaz para la protección del derecho fundamental que invoca el demandante como vulnerado. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

*"...la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse **en relación con el derecho fundamental de que se trata**, no respecto de otros.*

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces.

Desde este punto de vista, es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva (artículos 2, 5 y 86 de la Constitución)".

Teniendo presente la anterior jurisprudencia, y de frente a un supuesto de hecho semejante al que aquí se discute, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-086 de 1999 reiterada en otros pronunciamientos³, sostuvo que el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera administrativa proveído por medio de concurso de méritos es la acción de

³ Corte Constitucional. Sentencias T -514 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T – 522 de 2005 M.P. Rodrigo escobar Gil, T – 969 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, veamos:

"El procedimiento administrativo complejo a que da lugar el concurso, comprende una serie de etapas (convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección), conformadas por actos jurídicos y materiales que tienden a una finalidad, como es la conformación de una lista de elegibles, con base en la cual se produce el nombramiento en período de prueba.

El acto de la administración que establece la lista de elegibles constituye un acto administrativo, porque la administración, hace una evaluación fáctica y jurídica, emite un juicio y produce consecuentemente una decisión, la cual es generadora de derechos y creadora de una situación jurídica particular, en el sentido de que las personas incluidas en dicha lista tienen una expectativa real de ser nombradas en el correspondiente empleo. Indudablemente, la elaboración de dicha lista constituye un acto preparatorio de otro, como es el nombramiento en período de prueba de la persona seleccionada, pero ello no le resta a aquél su entidad jurídica propia e independiente de éste.

Con respecto a las personas no incluidas en la lista por no haber obtenido el puntaje correspondiente a juicio de la administración, según las bases del concurso, se genera igualmente una situación jurídica particular y concreta aunque negativa, en el sentido de que la determinación de la lista de elegibles conlleva la decisión desfavorable a ser tenidas en cuenta para la provisión del empleo; a las personas que han sido ubicadas en dicha lista en un lugar que no corresponde, conforme a los resultados reales y atendidas las bases del concurso, también se les crea una situación jurídica de la misma índole, porque se les limita, restringe o se les anula la posibilidad de ser nombradas en el empleo que debe ser provisto.

Desde un punto de vista meramente formal, es obvio que contra el acto en cuestión los afectados pueden intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; pero a juicio de la Sala este medio alternativo de defensa judicial no es idóneo y eficaz, por las siguientes razones:

- *La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.*
- *La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.*

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el

pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su

contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-256 del 6 de junio de 1995. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell). (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como el señor Jairo Enrique Robayo Romero no fue incluido en la lista de elegibles (Resolución No. 96 del 11 de marzo de 2008), dicha situación hace procedente la presente acción de tutela.

II.- Caso Concreto

El demandante controvierte el resultado de los Análisis de Antecedentes de Estudios y de Experiencia publicados por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, arguyendo que en los primeros (estudios) no se tuvieron en cuenta dos especializaciones y un curso debidamente acreditado, y que en los antecedentes de experiencia sólo se computaron algunos de los tiempos.

Siendo ello así, es preciso que se analicen detenidamente los puntajes obtenidos en esas dos pruebas, a efectos de dilucidar si hubo por parte de la Administración desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

a.- Antecedentes de Estudios

Los documentos aportados por el señor Jairo Enrique Robayo Romero fueron los siguientes:

- Acta de Grado, Diploma y Registro de Notas de una Especialización en Relaciones Industriales. (Folios 33-36)
- Acta de Grado, Diploma y Registro de Notas de una Especialización en Administración Pública. (Folios 29-32)
- Certificado de un curso de Negociación y Resolución en Conflictos. (Folio 28)
- Diplomado en Derecho Laboral. (Folio 27)

La Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, delegada para la calificación de las pruebas del concurso de mérito de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, tuvo en cuenta las ciento treinta y dos (132) horas cursadas en el Diplomado en Derecho Laboral otorgándole al actor un puntaje de 0.55 después de haber aplicado las fórmulas dispuestos en el artículo 21 del Acuerdo No. 08 de 2007.

No obstante, el señor Robayo Romero presentó la correspondiente reclamación, frente a lo cual la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC le respondió manifestando que las dos especializaciones no podían ser tenidas en cuenta en la medida en que no se relacionaban con el perfil del cargo.

Pues bien, del examen del expediente se advierte que el nivel jerárquico del cargo de Gestor de Personal es profesional y su perfil es el de prestar asesoría a los servidores públicos de la entidad acerca de los procedimientos, normativa legal vigente, régimen prestacional y régimen de seguridad social integral, historias laborales, nóminas, etc.

Se advierte también que se exigen como requisitos mínimos de formación académica título profesional en Administración de Empresas, Psicología, Derecho, Economía, Ingeniería Industrial, Ingeniería de Sistemas, Trabajo Social y Administración Pública.

El señor Robayo Romero acreditó como título profesional el de Administrador de Empresas, pero también allegó una especialización en Administración Pública que como es evidente tiene una relación estrecha con el cargo de Gestor de Personal, pues si como se vio, le es exigido como requisito mínimo de formación académica el título en administración pública, mal podría decirse que no tiene afinidad con el

cargo y por lo tanto no sea contada dentro de las especializaciones cursadas a efectos de obtener el puntaje correspondiente.

En tal sentido, es claro que los veinte (20) puntos que conforme al artículo 20 del Acuerdo No. 8 de 2007 se otorgan por haber cursado y acreditado una especialización deben ser adjudicados al demandante.

No ocurre lo propio con la especialización de Relaciones Industriales y el curso de Táctica y Estrategias de Negociación y Resolución de Conflictos, pues no se relacionan con las funciones dispuestas en la convocatoria para el cargo de Gestor de Personal sacado a concurso, a saber:

- “1. Orientar a los servidores públicos del Nivel central y de las Administraciones en materia de Administración de Personal con el fin de aplicar uniformemente el marco legal y procedimental establecido a nivel nacional.*
- 2. Elaborar los informes de gestión del área que le sean solicitados sobre normatividad, prestaciones sociales, seguridad social, situaciones administrativas y en general sobre Administración de Personal para garantizar el adecuado reporte y cumplimiento de las metas del área.*
- 3. Evaluar y adelantar las acciones de supervisión del área de personal a nivel nacional conforme a las orientaciones de la Subsecretaría de Personal en materia de Seguridad Social, nómina e Historias Laborales con el fin de evaluar y verificar el cumplimiento de las normas y procedimientos del área por parte del Nivel Nacional.*
- 4. Contestar los derechos de petición formulados por funcionarios, exfuncionarios y personas o entes externos sobre aspectos de carácter laboral con el fin de atender los requerimientos sobre este aspecto y garantizar su oportuna respuesta.*
- 5. Actualizar permanentemente los procesos y procedimientos del área en materia de Administración de Personal, nómina y seguridad social integral para una veraz y confiable respuesta a los usuarios.*
- 6. Proyectar los actos administrativos, circulares, memorandos u órdenes administrativas a solicitud del Subsecretario de Personal para garantizar la unidad en la aplicación del marco normativo y procedimental en el Nivel Central y Administraciones del país.*
- 7. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.”⁴*

Como se observa, el cargo de Gestor de Personal exige un conocimiento preciso de Derecho Laboral y Seguridad Social, situación ésta que conforme al pensum de la especialización en Relaciones Industriales (fls. 35-36) no se cumple, pues de quince (15) materias vistas solo dos (2) de ellas (Derecho Laboral Colombiano y

⁴ Folios 52 y 53 de este Cuaderno.

Negociaciones Laborales) son afines con el perfil del cargo al que aspiraba el demandante.

En ese orden, a efectos de computar el puntaje total de la prueba de antecedentes de estudios debe tenerse en cuenta no solamente el Diplomado en Actualización Laboral sino también la Especialización en Administración Pública.

Respecto del diplomado, según el numeral dos del artículo 21 Acuerdo No. 008 del 1º de enero de 2007 tal curso corresponde a lo que denomina Educación para el Trabajo y Desarrollo Humano, el que se deberá computar de la siguiente manera: *“...Para la puntuación de los cursos se asignará una calificación de 5 puntos por cada cincuenta (50) horas; en los casos en que se acrediten cursos con una intensidad entre 30 y 49 horas se asignarán 3 puntos”*⁵.

Pues bien, se acreditaron ciento treinta y dos horas (132), lo que equivale a: 50 horas equivalen a 5 puntos, luego 132 horas ¿a cuántos puntos corresponden? R/: 13.2

El porcentaje que según el numeral primero del artículo 21 ibídem se otorga a la Educación para el trabajo y desarrollo humano es del 20%, luego, los 13.2 puntos, equivalen a un total del 2.64.

Ahora bien, la Especialización que se prueba en el expediente y que se considera relacionada con el cargo de Gestor de Personal equivale a 25 puntos con un peso de un 40%, luego el puntaje total, corresponde a 10. En ese orden, el puntaje final sería de 12.64.

Para deducir el total de la prueba de los Antecedentes de Estudios, el Acuerdo No. 008 de 2007 le da un peso de 12.5% por dos, lo que daría un resultado de **3.16** puntos.

b.- Antecedentes de Experiencia:

El demandante acreditó dentro del proceso de selección 5233 horas de experiencia laboral, de las cuales la ESAP tuvo en cuenta 812 horas (428 días como requisito mínimo más 384 de experiencia adicional).

⁵ Folio 105 ibídem.

- Contratista Área de Personal
- Contratista Área de Personal Aon Risk Services

La Administración tuvo en cuenta la experiencia en el cargo de Jefe de Personal (302 días) y contratista en el Área de Personal, denominado Profesional Universitario para un total de 812 puntos.

En efecto, coincide la Sala con la Administración en el sentido de que solo la experiencia del demandante en el cargo de Jefe de Personal y en el de contratista en el área de personal hasta el 23 de diciembre de 2006, fecha en la cual se cerraron las inscripciones a la citada convocatoria, cuenta para obtener el puntaje de esta prueba, dado que en los demás cargos se describen funciones (folios 13 a 26) que no son afines a las que aspira a desempeñar.

En consecuencia, el puntaje asignado por la ESAP al señor Jairo Enrique Robayo Romero es el correcto, después de aplicar la fórmula ordenada mediante el Acuerdo No. 08 de 2007; veamos:

Jefe de Personal.....	302 días
Contratista área de personal (Contrato No. 059 del 1º de octubre de 2004).....	817 días
Contratista Área de personal (Contrato No. 023 del 2 de enero de 2004).....	271 días
Total	1390 días

Como la convocatoria exige mínimo dos años de experiencia, ese tiempo equivale a 730 días que deben ser restados del total anterior para un resultado de 660 días.

El artículo 22 del Acuerdo No. 08 de 2007 dispone que se darán cinco (5) puntos por cada año (año de 365 días), entonces debe aplicarse una regla de tres simple, así: si para 365 días son 5 puntos, para 660 días, ¿cuántos puntos son? R/: 9.04 puntos.

Ahora, el artículo 20 ibídem preceptúa que el porcentaje otorgado a la experiencia es del 40%, luego, deberá sacarse el valor de la experiencia del demandante según el indicado porcentaje: 9.04 por 40% que es igual a 3.61.

El peso asignado tanto a la prueba de antecedentes de estudios como a la de antecedentes de experiencia es de 12.5%, luego debe computarse este porcentaje con el producto anterior: 3.61 por el 12.5% por dos, es igual a **0.9** puntos.

Entonces el puntaje total es el siguiente:

PRUEBA	PUNTAJE	PESO	PUNTOS
Competencias funcionales	70	50%	35
Competencias comportamentales	90	25%	22,5
Análisis antecedentes estudios	12.64	12,50%	3.16
Análisis antecedentes experiencia	3.61	12,50%	0.90
TOTAL			61.56

En ese escenario, la lista de elegibles se modificaría en la medida en que el puntaje asignado por la Comisión Nacional del Servicio Civil no es el correcto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: SE REVOCA el fallo impugnado, y en su lugar, **SE ORDENA** a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y a la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP que reordene la lista de elegibles conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Por secretaría, **envíese** copia de esta decisión al Tribunal de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 24 de abril de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente
Ausente con Excusa

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARTHA SOFIA SANZ TOBÓN