



REPUBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
 SALA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
 DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia
 Accionante : Gloria Inés Atehortúa Duque
 Presunto infractor : Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
 Radicación : 2014-00121-01 (Interna 8893 LLRR)
 Despacho de origen : Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira
 Tema : Concurso de mérito
 Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA
 Acta número : 280

PEREIRA, RISARALDA, VEINTISIETE (27) DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación presentada en la acción constitucional referida, una vez agotada la actuación de primer grado, sin que se adviertan causales de nulidades que vicien lo actuado.

2. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Expresa la parte accionante que desde el mes de enero de 2012, inició los trámites para participar en la convocatoria nacional de empleo realizada por Adecco Colombia SA, para proveer los cargos ante Colpensiones y escogió el de Profesional Máster, Código 2020, Grado 6 –Vicepresidencia Administrativa-; dice que en respuesta a una acción de tutela que impetró en contra de aquella sociedad, le informaron el 13-12-2013, entre otras cosas, que había ocupado el primer lugar del concurso por lo que, hizo un derecho de petición ante Colpensiones y le informaron que el mencionado cargo había sido nombrado desde el 25-07-2012.

Arguye que el 09-04-2014 Colpensiones le informa que no es posible nombrarla en el cargo para el que concursó (Folios 2 al 15, del cuaderno No.1).

3. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Considera vulnerados los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y el “acceso a cargos públicos con fundamento en el mérito” (Folio 8, del cuaderno No.1).

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Ordenar a la accionada (i) Vincular a la accionante como empleada pública con nombramiento en carrera administrativa en el cargo de Profesional Máster, Código 2020, Grado 6 –Vicepresidencia Administrativa- o en uno igual o de superior jerarquía y (ii) Reconocer, a título de indemnización de perjuicios, todos los factores salariales y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha en que fue realizado el nombramiento de la otra persona de la lista (Folios 7 y 8, del cuaderno No.1).

5. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción correspondió por reparto al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que con providencia del 06-05-2014 la admitió y ordenó, entre otros, notificar a la parte accionada (Folio 59, ibídem). Únicamente y dentro del plazo, acercó escrito la sociedad Adecco Colombia SA (Folios 65 al 71, ibídem). Para el día 16-05-2014 se profirió sentencia (Folios 89 al 94, ibídem) y como fuera impugnada por la actora, con proveído del 27-05-2014 se concedió el recurso, ante esta Sala (Folio 105, ib.).

6. LA SINOPSIS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Negó el amparo invocado al considerar que, de acuerdo con las reglas del concurso, previamente conocidas por los participantes, la sociedad Adecco Colombia SA, tan solo presentaba la lista con los aspirantes que hubieren obtenido el mayor puntaje y era discrecional de Colpensiones, elegir el candidato con el mejor perfil. Además, no se cumplía con el requisito de la inmediatez porque la accionante había perdido contacto con el concurso desde el mes de abril de 2012 y, sólo el 23 de octubre de 2013, hizo una petición encaminada a determinar las resultas del concurso (Folios 89 al 94, ib.).

7. EL RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

En relación con el requisito de la inmediatez, aduce que no había realizado ninguna actuación porque las accionadas le habían “ocultado de manera incauta” su calificación y estaba a la espera de alguna manifestación o notificación. Dice que cuando tuvo conocimiento de su calificación y comprobar que ocupó el primer puesto, tuvo interés en que le explicaran lo ocurrido, por lo que presentó varios derechos de petición, según obra en el plenario. Se queja de que las pruebas no fueron analizadas detenidamente y las pedidas, no fueron decretadas por el *a quo*.

Pide, por tanto, que se revoque el fallo y, en su defecto, se acceda a las súplicas de la demanda (Folios 101 al 103, ib.).

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

8.1. La competencia funcional

Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser el superior jerárquico del Despacho que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

8.2. La legitimación en la causa

Se cumple la legitimación por activa porque la señora Gloria Inés Atehortúa Duque participó del concurso referido en los hechos. Y en el extremo pasivo, la sociedad Adecco Colombia SA por convocar y realizar el concurso en virtud al contrato celebrado con Colpensiones y esta por no haber nombrado a la tutelante.

En lo que atañe con la sociedad Adecco Colombia SA hay que precisar que, no obstante tratarse de una persona jurídica de carácter privado, al ejecutar el contrato celebrado con Colpensiones, cumple funciones administrativas, por lo que se concluye que el requisito de la legitimación se encuentra cumplido¹.

8.3. El problema jurídico a resolver

¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que negó la protección pedida, según la impugnación de la parte actora?

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-738 de 2010. MP: Mauricio González Cuervo.

8.4. La resolución del problema jurídico

8.4.1. Los presupuestos generales de procedencia

Ha fijado nuestra Corte Constitucional² (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, como exigencias generales de procedibilidad de la acción, indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

En relación con la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general³: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran⁴ o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional⁵, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)⁶.

En reciente pronunciamiento (2013)⁷, la Corte Constitucional reiteró su doctrina sobre la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en desarrollo de una convocatoria para proveer un cargo en una entidad del Estado.

3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en desarrollo de un concurso para

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-544 de 2013.

³ T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴ Ver, por ejemplo, la sentencia T-046 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados.

⁵ Ver por ejemplo las sentencias T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-256 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-325 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-455 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-459 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-083 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-133 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁶ Sentencia: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa): según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-775 de 2013.

proveer un cargo de una entidad del Estado. Ha explicado que de la pronta resolución de la controversia suscitada por la inconformidad de uno o varios aspirantes en la ejecución de una convocatoria, depende la decisión final sobre a quién asiste el derecho a ocupar el cargo. A su vez, llegar a una decisión final sobre la provisión de una vacante no sólo garantiza el goce efectivo de los derechos del interesado, sino también de los demás aspirantes convocados. Así las cosas, cuando existe duda sobre la correcta ejecución de cualquiera de las fases de una convocatoria o incluso, sobre la interpretación de las reglas que la rigen, es procedente que el juez de tutela intervenga para dar una solución pronta que proteja el derecho que asiste a todos los aspirantes a conocer la decisión final sobre su participación, de forma tal que además de sus garantías fundamentales, se respete el principio de igualdad al que por disposición constitucional debe estar sujeta la convocatoria.

También en el mismo año (2013), la Corporación citada refrendó el criterio acabado de exponer, sobre la procedencia de esta acción constitucional⁸.

Corolario de lo anotado se tiene que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por lo que se cumple con el requisito de la subsidiariedad o residualidad.

Ahora, en relación con el segundo presupuesto, según constante jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional⁹, y también de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ (Sala de Casación Civil), la inmediatez en la protección, que implica la tutela, conlleva a entender que el remedio judicial requiere **aplicación urgente**, por lo que quien actúa en ejercicio de la tutela, debe usarla en forma oportuna. Significa lo dicho que el juez no está obligado a atender una petición cuando el afectado injustificadamente, por desidia o desinterés, ha dejado pasar el tiempo para elevarla, la inmediatez es consustancial a la protección que brinda la mencionada acción como defensa efectiva de los derechos fundamentales.

Oportuno resulta, evocar con relación a la prontitud que debe acompañar el reclamo para la protección de los derechos, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el transcurso de un lapso mayor a seis meses para resolver amparos excede el principio de plazo razonable. Habida consideración de la significación del principio de inmediatez, ha concluido en recientes decisiones nuestro Alto Tribunal, que la “OPORTUNIDAD”, es un requisito de procedibilidad esencial para el ejercicio del amparo constitucional¹¹.

⁸ Sentencia T-784 de 2013. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-890 del 02-11-2006, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 09-03-2011, MP: William Namén Vargas.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1079 del 05-11-2008, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Sin embargo de lo razonado, es menester acotar que el mencionado plazo no es absoluto, sino que se entiende como razonable para la interposición de la acción de amparo, pues más allá de ese término, lo que en realidad lo determina son: (i) Si existió o no un motivo válido que justifique la inactividad de los accionantes; (ii) Si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; y, (iii) Si existe un nexo causal entre el ejercicio oportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.

En reciente providencia¹² (2013) nuestro órgano de cierre multicitado, ratificó el pensamiento traído en su larga línea jurisprudencial, y resaltó las razones que fundamenta el factor “inmediatez” como presupuesto de procedibilidad, así acotó:

La Corte constitucional ha establecido en su jurisprudencia que esta exigencia está encaminada a: *i) proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable¹³; ii) impedir que el amparo se convierta en factor de inseguridad jurídica¹⁴; y iii) evitar el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia en la agencia de los derechos¹⁵*. La sublínea y la cursiva son de este Tribunal.

La funcionaria de instancia negó la protección por esta vía, entre otro aspecto, porque no se cumplía con este presupuesto. Pero la Sala no comparte esa opinión porque, a pesar de que hubo un lapso de tiempo en que la tutelante fue pasiva al salir en defensa de sus derechos, con posterioridad y a partir del 23-10-2013, viene en procura de hacerlos valer mediante la interposición de derechos de petición, incluida otra acción de tutela. Si no existía inmediatez, lo pertinente era declararla improcedente. Por consiguiente, lo que se aprecia es que el asunto supera el test de procedencia y puede examinarse de fondo.

Conforme al artículo 125 de la CP, los empleados que integran la función pública son de carrera, a excepción de los funcionarios (i) De elección popular; (ii) De libre nombramiento y remoción; (iii) Los trabajadores oficiales; y (iv) Demás que designe la ley.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-217 del 17-04-2013, MP: Alexei Julio Estrada.

¹³ Sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-594 de 2008 entre otras.

¹⁴ Sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-825 de 2007, T-299 de 2009, T-691 de 2009 y T-883 de 2009, entre otras.

¹⁵ Sentencia T-594 de 2008. En el mismo sentido sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-1009 de 2006, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

La accionante participó en un concurso que pretendía proveer aproximadamente 1036 cargos a nivel nacional, por intermedio de la empresa Adecco Colombia SA y para ejercer las funciones ante Colpensiones, Empresa Industrial y Comercial del Estado, organizada como entidad financiera de carácter especial (Artículo 155 de la Ley 1151 y Decreto Ley 4121 del 2-11-2011).

Los estatutos de Colpensiones están contenidos en el Acuerdo 009 de 2011 expedido por la junta directiva. El artículo 20 del acuerdo citado señala que “*El Presidente, el Jefe de la Oficina de Control Interno y el empleo del nivel Directivo que sea responsable de las funciones de Cobro, tienen la calidad de empleados públicos. Los demás servidores públicos serán trabajadores oficiales y se vincularán a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES mediante contrato de trabajo a término indefinido.*” Negrita fuera de texto.

Por tanto, el cargo para el cual concursó la señora Gloria Inés Atehortúa Duque en el marco de la Gran Convocatoria Nacional, no correspondía a la categoría de empleados públicos, sino al de oficiales, vinculados mediante un contrato de trabajo. Así lo establece el artículo 5-1 de la ley 909 de 2004, en concordancia con el canon constitucional citado:

ARTÍCULO 5o. *CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS.* Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación. Sublínea fuera de texto.

Se concluye entonces que los criterios a seguir en el mencionado concurso, eran los establecidos en el contrato número 043 de 2011, celebrado entre Adecco Colombia SA y Colpensiones y no en la Ley 909. En el literal B, alcance de las obligaciones específicas, cláusula tercera, obligaciones del contratista del susodicho contrato, se especificó: “(...) *Como resultado del proceso de selección, COLPENSIONES contará con un grupo de aspirantes que de acuerdo con la selección realizada por el CONTRATISTA, cumplan con el perfil definido para cada uno de los cargos y que estén en disponibilidad para firmar el contrato de trabajo, una vez efectuada la recomendación a COLPENSIONES y realizada la designación por parte de COLPENSIONES.*”

Además, en las condiciones del concurso se acordó: “*Hasta el momento en que se envía la terna se tiene en cuenta los puntajes de las calificaciones (...) no obstante cuando se presenta*

la terna al cliente se selecciona la persona que más se ajuste por características actitudinales e intelectuales, los que de la terna no cumplan las expectativas en cuanto a competencias cualitativas por parte del cliente son susceptibles de no ser seleccionados por el cliente, esto corresponde a la discrecionalidad del cliente.”

En otra sentencia, la Corte Constitucional analiza un caso similar al que aquí se resuelve y expresa¹⁶:

6. Al no existir norma constitucional, ni disposición legal que establezca una forma especial de ingreso a los cargos de la planta oficial de las empresas industriales y comerciales del Estado, se debe aplicar la regulación existente. En el caso de Colpensiones, es el presidente de la entidad el responsable de vincular a los trabajadores oficiales al servicio de la empresa.

En el caso objeto de estudio, el presidente de Colpensiones decidió contratar los servicios de la empresa Adecco S.A. para proveer aproximadamente 1036 vacantes de planta oficial de la entidad a nivel nacional, mediante un concurso que se rigió por términos especiales establecidos previamente. Las bases de la convocatoria estaban contenidas en el Contrato N° 043 de 2012 suscrito por la entidad con Adecco Servicios Colombia S.A., cuyo texto fue publicado y conocido por los participantes, quienes se sujetaron voluntariamente a las reglas de la selección.

7. Por lo tanto, dado que no existe disposición constitucional o legal que prohíba al presidente de la entidad adelantar una convocatoria pública especial, para seleccionar a las personas que ocuparán en una empresa industrial y comercial del Estado los cargos de trabajadores oficiales, pero se optó para proveerlos por una convocatoria pública, se respetaron las etapas previas del proceso, y los criterios de calificación y designación como ocurrió en este caso, la Sala considera que Colpensiones no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del señor Javier Enrique Robayo Moreno al no haberlo nombrado, pese a que hizo parte de la terna final de aspirantes para ocupar el cargo y obtuvo el mejor puntaje, porque en la convocatoria publicada y conocida por él se advirtió que hasta el momento del envío de la terna, se respetarían los puntajes. No obstante, cuando ésta se envía a Colpensiones, de esos tres nombres, podía designarse a la persona que más se ajustara a las necesidades de la entidad. Por ello, se confirmara las decisiones de instancia proferidas por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Ibagué y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Considera la tutelante que con la actuación de las accionadas se violentó o amenazó el debido proceso administrativo, lo cual no es cierto porque conoció las razones por las cuales el nombramiento recayó en otra persona, según la terna conformada por Adecco Colombia SA y de acuerdo con las reglas del concurso.

9. De la prosperidad de la acción

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-775 de 2013. MP: María Victoria Calle Correa

A partir de las premisas jurídicas anotadas, se advierte que debe confirmarse la sentencia de primer grado, pero no por las razones invocadas por la juez *a quo*, sino por lo expuesto en esta providencia. Esto sin tener en cuenta que no aparece demostrado que hubo afectación a los derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso de la accionante en razón a que el presidente de Colpensiones tenía plena autonomía para designar, de la terna envía por Adecco Colombia SA, a la persona que más se ajustara a las necesidades de la entidad.

Hay que resaltar que es cierto que la señora Gloria Inés Atehortúa solicitó unas pruebas documentales que no fueron decretadas y que la juez de instancia guardó silencio; lo cierto es que ellas son innecesarias a esta altura, pues el debate se centró en otros aspectos.

9. LAS CONCLUSIONES FINALES

En armonía con lo afirmado, se confirmará el fallo impugnado, pero por las razones invocadas en esta providencia.

En mérito de lo razonado, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR la sentencia fechada el día 16-05-2014 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones invocadas en esta decisión.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS
MAGISTRADA

EDDER JIMMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

Dgh /Oa/ 2014