



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

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia
Accionante : Jenny Fernanda Hernández Zuluaga
Accionada : Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y
Universidad de La Sabana
Vinculado : Municipio de Pereira
Radicación : 2014-00295-00 (Interna 295 LLRR)
Tema : Acto administrativo- Concurso– Subsidiariedad – Perjuicio irremediable
Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA
Acta número : 582

PEREIRA, RISARALDA, NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Se decide la acción constitucional referenciada, adelantada la actuación respectiva con el trámite preferente y sumario, luego de corregida la falencia advertida en el proveído de fecha 12-11-2014 (Folios 3 al 7, del cuaderno de segunda instancia), por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

2. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Expresa la accionante que conocida la convocatoria nacional para el ingreso a la carrera docente de la Comisión Nacional del Servicio Civil (En adelante CNSC), se inscribió para el cargo de docente de aula al considerar cumplía con los requisitos conforme el título obtenido (Licenciada en educación básica con énfasis en humanidades e idiomas), siendo convocada a las pruebas de aptitudes y competencias básicas el día 28-07-2014, en la que obtuvo resultados que le permitieron seguir en el proceso.

Refiere que el día 15-09-2014 la CNSC publicó el listado de admitidos e inadmitidos, en el que frente a ella, se determinó que *“El título aportado no corresponde al requerido para el*

cargo al que aspiro”.

Indica que presentó reclamación y el 29-09-2014, recibió comunicación que ratifica la exclusión del proceso de selección. Y que finalmente el 30-09-2014, fue publicado el listado definitivo de aspirantes no admitidos, que confirma la causal de rechazo (Folios 1 a 3, del cuaderno No.1).

3. LOS DERECHOS INVOCADOS

Considera la accionante que se vulneran sus derechos a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y debido proceso administrativo (Folios 3 y 4, del cuaderno No.1).

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Ordenar a la CNSC que se dejen sin efectos los actos administrativos que la excluyeron del proceso del concurso y en consecuencia se designe como admitida en el mismo (Folio 6, del cuaderno No.1).

5. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

El día 10-10-2014 correspondió por reparto ordinario a este Despacho y con providencia de la misma fecha, se admitió y ordenó notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 24, ídem). Las partes fueron debidamente notificadas (Folios 25 al 32, ídem). La CNSC acercó escrito (Folios 43 al 57, ídem) y la Universidad de La Sabana, guardó silencio. Seguidamente, en providencia de 15-10-2014, se dispuso vincular como litisconsortes a los aspirantes que se presentaron al concurso de docentes y directivos docentes 2012 y 2013, convocatorias 136 a 220 de 2012 y 254 de 2013 (Folio 34, ib.). Finalmente con decisión del día 22-10-2014 se resolvió el litigio (Folios 59 al 67, ib.).

Enviadas las diligencias ante la Corte Suprema de Justicia, esa Corporación declaró la nulidad de la actuación con proveído del 12-11-2014 (Folios 3 al y 7, del cuaderno de segunda instancia), por lo que se admitió nuevamente la acción (Folios 108 y 109, del cuaderno No.1). Las partes fueron notificadas (Folios 110 al 117, ib.) y acercó escrito el Municipio de Pereira (Folios 118 y 126, ib.).

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. Municipio de Pereira

Considera que carece de competencia en el proceso de selección del cual hace parte la actora, puesto que si bien, la convocatoria es para proveer cargos adscritos a esa entidad, la CNSC de conformidad con la Ley 909, es la responsable de administrar y vigilar ese proceso.

Expresa que la acción es improcedente porque la accionante pretende “contrariar” y dejar sin efectos unos actos administrativos dentro de las convocatorias para Directivos y Directivos Docentes, para los que debe acudir a otras instancias judiciales (Folios 118 y 126, ib.).

6.2. Comisión nacional del servicio civil

Estima que según el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción es improcedente porque la accionante pretende “contrariar” y dejar sin efectos un acto administrativo dentro de las convocatorias para Directivos y Directivos Docentes, poblaciones mayoritarias y afrocolombianas, como son los acuerdos por medio de los cuales se convocó al proceso de selección, así como los actos administrativos proferidos en virtud de aquellos, los que son de carácter general, impersonal y abstractos.

Destaca que dichos actos, no han sido declarados nulos ni suspendidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que el tutelante puede ejercer la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Refiere que verificados los documentos presentados por la actora y confrontados con los requisitos para el cargo que se inscribió, no se cumple con el título presentado frente a las licenciaturas que se aceptan, las cuales fueron taxativas al momento de publicar la oferta pública (Folios 131 al 138, ib.).

7. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

7.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer la acción en virtud del factor territorial, en razón al lugar donde ocurre la presunta violación, al tener el accionante su domicilio en este Distrito y ser la CNSC una autoridad pública del orden nacional (Artículos 1º, numeral 1º del Decreto 1382 del 2000).

7.2. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, la señora Jenny Fernanda Hernández Zuluaga es quien se inscribió en el concurso y fue objeto de exclusión (Artículo 86 de la CP y 1º del Decreto 2591 de 1991). Por pasiva, la CNSC por haber expedido los actos administrativos de los que se duele la accionante y la Universidad de La Sabana, por ser la responsable en el proceso de selección de la verificación de los requisitos mínimos, etapa en que se presentó la exclusión.

Se vinculó al municipio de Pereira como tercero, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en proveído de fecha 12-11-2014 (Folios 3 al 7, del cuaderno de segunda instancia).

7.3. El problema jurídico a resolver

¿La CNSC y la Universidad de La Sabana violan o amenazan los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, según los hechos expuestos en la petición de tutela?

7.4. La resolución del problema jurídico

7.4.1. El debido proceso administrativo en desarrollo de concursos de méritos

El debido proceso es de contenido constitucional, está consagrado principalmente en el artículo 29 de la Carta Política e implica necesariamente tener la posibilidad de (i) Conocer a quien investiga, (ii) Poder controvertir las probanzas que se tengan en cuenta para adoptar las decisiones, (iii) Aportar el material probatorio que se estime del caso, (iv) Tener acceso al expediente o actuación, (v) Conocer las fases que ha de seguir el trámite de la investigación adelantada en su contra, (vi) Poder presentar alegaciones para la defensa de los intereses propios; aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la Corte Constitucional¹, en análisis que hace el profesor Bernal Pulido² en su obra.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-482 de 1992.

² BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37.

La Corte³ enseña que el juez de tutela no puede asumir la facultad para sustituir al juez administrativo en la definición de la validez de los actos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción.

En tratándose de actos administrativos que ejecutan un proceso de concurso de méritos⁴ tiene explicado la Corte Constitucional, como órgano de cierre en la especialidad, que es improcedente la acción de tutela, por regla general, y quien pretenda discutir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción administrativa.

7.4.2. La procedencia excepcional de la tutela

No obstante lo anterior, esa Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla general⁵: (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 vulneran⁶ o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional⁷, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁸.

Así las cosas, sobreviene memorar la noción de perjuicio irremediable, puesto que como se ha visto, es el factor fundamental para poder examinar en sede constitucional la violación o amenaza al debido proceso administrativo, que alega la parte actora. A propósito, valga recordar que ninguna discusión amerita comprender que ese derecho

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-203 de 1993.

⁴ Ver la sentencia T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001.

⁵ T-600 de 2002.

⁶ Ver, por ejemplo, la sentencia T-046 de 1995. 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.

⁷ Ver por ejemplo las sentencias T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998.

⁸ Sentencia: T-225 de 1993: 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.

alegado, tiene la estirpe *iusfundamental* pretendida; en realidad, la cuestión medular se centra en la viabilidad por virtud del daño irreparable que se logre invocar y probar.

Sobre la irremediabilidad del perjuicio, la Corte Constitucional⁹ estima indispensable concurren las siguientes notas características: “(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la imposterabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales¹⁰”.

Es que no basta la constatación de cualquier perjuicio, en sede de tutela es insuficiente pregonar que todo daño pueda precaverse por esta excepcionalísima vía, debe estar provisto de las características apuntadas, explica la Corte¹¹: “En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e imposterables.”.

Las características del perjuicio irremediable conservan vigencia, conforme a doctrina reciente (2013)¹².

7.4.3. Improcedencia de la tutela para atacar requisitos contenidos en un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado que se no es competencia del juez de tutela entrar a proteger derechos fundamentales presuntamente vulnerados con fundamento en un acto administrativo de carácter general toda vez que la decisión tutelar es *inter partes* y no podría modificar la situación de personas vinculadas al contenido del acto administrativo de carácter general que han cumplido con los requisitos allí previstos; en palabras de la Corte¹³:

Cabe hacer referencia a que el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 -Causales de improcedencia de la tutela-, dispone en forma expresa que la acción de tutela no procederá cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto. Esta restricción se explica en la necesidad de que la tutela conserve la naturaleza de ser un mecanismo de defensa judicial de

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-145 del 01-03-2012, ob. cit.

¹⁰ Sentencias T-225/1993, T-436/2007, T-016/2008, T-1238/ 2008 y T-273/2009, entre otras.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1316 del 07-12-2001, MP: Rodrigo Uprimny Yepes.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-081 de 2013.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1098 del 04-11-2004; MP: Álvaro Tafur Galvis.

naturaleza subsidiaria y residual, en atención al hecho de que para controvertir este tipo de actos, el sistema jurídico ha previsto las acciones respectivas en la jurisdicción de lo contenciosos administrativo, cuales son, la acción de nulidad, así como la de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante las cuales bien podría evaluarse la procedencia de las pretensiones formuladas por el accionante.

Así mismo, en la medida en que las decisiones que se adoptan con ocasión de un proceso de tutela involucran en forma exclusiva a las partes y a los terceros con interés legítimo sobre el proceso, no resultaría congruente que las personas vinculadas al contenido de un acto administrativo de carácter general, vieran modificada su situación por cuenta de la decisión adoptada en un proceso en el que se decide un amparo constitucional, cuando: **i)** existe un procedimiento previsto para controvertir este tipo de actos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **ii)** existe una norma expresa que prevé la improcedencia de la tutela para estos propósitos y, **iii)** no son parte del proceso que se surte ante el juez de tutela.

Así las cosas, es claro que escapa de la competencia del juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de que actúe como juez abstracto del contenido de un acto administrativo de tal naturaleza. Ello sin embargo, no impide al juez que conoce del amparo entrar a determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular, caso en el cual puede proceder ordenando su inaplicación, que no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto.

En efecto, la Corte ha admitido en su jurisprudencia la posibilidad de que el juez de tutela ordene la inaplicación de normas de rango legal y de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en aquéllas¹⁴, cuando verifique que por su empleo se ocasiona la vulneración de derechos fundamentales en un caso particular. Bajo esta lógica, nada impide, entonces, que también respecto de actos administrativos de carácter general se actúe en consecuencia, esto es, ordenando su inaplicación cuando se advierta que son la causa inmediata de la vulneración de derechos fundamentales en un caso específico.

8. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Los actos administrativos cuestionados son: (i) El Acuerdo No.232 de 02-10-2014 por el cual se convoca al concurso de directivos docentes y docentes de aula; (ii) El instructivo para la verificación de requisitos mínimos y la prueba de valoración de antecedentes; (iii) La declaratoria de no cumplir la accionante con los requisitos para continuar con el concurso de fecha 15-09-2014; (iv) El listado definitivo de aspirantes no admitidos y (v) El comunicado que resuelve la reclamación efectuada por la actora.

¹⁴Cfr. Sentencia C-397 de 1997, entre otras. Así ocurre, también, en las múltiples sentencias expedidas por esta Corporación en las que se ordena inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud –POS- para permitir el acceso a ciertos medicamentos o procedimientos a personas que por sus circunstancias particulares ven vulnerados sus derechos fundamentales de tenerse que someter a dichas reglas.

Para la Sala resulta central resaltar que con relación a los dos primeros actos administrativos mencionados, se tiene que son generales, impersonales y abstractos, toda vez que establecen la voluntad de la administración y trazan de manera general las condiciones en que se llevaría a cabo el proceso de selección y también los requerimientos que debían cumplir los aspirantes. Por lo tanto, la situación se adecua a lo dispuesto por el numeral 5º del canon 6º, Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente “(...) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Los tres últimos actos administrativos son de carácter particular, pues tiene que ver con la situación en concreto de la actora. De cara a ello, está previsto por nuestro sistema jurídico, la existencia de mecanismos de defensa, como las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad (Reguladas en los artículos 137 y 138 del CPACA) mediante las cuales la actora pudo demandar, e incluso solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, tanto de la convocatoria como de las notas aclaratorias y modificaciones, y en especial el acto particular que lo excluyó del concurso.

Por lo anotado, se evidencia que existe otro procedimiento ordinario para que la accionante haga valer sus derechos, las acciones contencioso administrativas, que aún no ha agotado, o al menos en el expediente no existe prueba en ese sentido, pues la reclamación administrativa le fue resuelta de manera desfavorable (Folios 19 a 21, cuaderno 1).

Ahora bien, también es viable que a pesar de la existencia de las acciones ordinarias, la actora pueda acudir a la justicia constitucional, pero a condición de que acredite un perjuicio irremediable¹⁵, que aquí ni siquiera se ha alegado, mucho menos está probado; todo conforme al inciso 3º, artículo 86 de la Carta y con miras a su protección por esta excepcionalísima vía. Y de haberlo hecho, no puede pasarse por alto que ese perjuicio, para que sea viable su protección en sede constitucional, debe tener las características mencionadas en el numeral 7.4.2. de esta providencia.

Por consiguiente acordes con lo discurrido, la presente acción de tutela es improcedente toda vez que no cumple con el requisito general de procedibilidad de la subsidiariedad y no se alegó ni demostró perjuicio irremediable que la hiciera pertinente como mecanismo transitorio.

Finalmente, en cuanto al derecho al trabajo habrá de negarse la protección pedida por cuanto la participación en un concurso crea una expectativa y no un derecho subjetivo

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-800A del 21-10-2011; MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

que genere titularidad, digna de amparo a través de la condigna acción jurídica.

9. LAS CONCLUSIONES FINALES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se declarará la improcedencia de la acción, pues la actora cuenta con un mecanismo eficaz para salvaguardar los derechos que estima, le fueron desconocidos.

En mérito de lo expuesto, 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. DECLARAR improcedente la acción de tutela promovida por la señora Jenny Fernanda Hernández Zuluaga en contra de la CNSC y la Universidad de La Sabana, por las razones expuestas en este proveído.
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, de no ser impugnada.
4. ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE,

DGH/DGD 2014

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS
MAGISTRADA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO