

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MAGISTRADO PONENTE

STP226-2018

Radicación No. 95886

Acta No. 010

Bogotá D. C., enero dieciocho (18) de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS:

Procede esta Sala a resolver el recurso interpuesto por la ciudadana MARIBEL POLANÍA ROJAS, contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2017 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a través de la cual negó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y el acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, la Universidad de Pamplona y el Ministerio de Educación Nacional.

2. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. De la información que hace parte de este trámite constitucional se pudo establecer que la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS, se inscribió a la Convocatoria No. 374 de 20161, a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil citó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los cargos vacantes de Directivos Docentes, Docentes de Aula y

Líderes de Apoyo, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicados en la entidad territorial certificada en educación Departamento del Huila.

2. Acto administrativo en el que se puso de presente a los aspirantes que el proceso de selección se regiría de manera especial, por la Ley 115 de 1994, la Ley 715 de 2001, el Decreto Ley 1278 de 2002, el Decreto Ley 760 de 2005, la Ley 1033 de 2006, el Decreto 1075 de 2015 — Único Reglamentario del Sector Educación, la Resolución No. 09317 del 6 de mayo de 2016 y demás normas concordantes o que las modifiquen, y la normatividad que garantice el respeto a la igualdad y al debido proceso de los aspirantes y los principios orientadores del concurso.

Igualmente se señalaron como condiciones generales de participación, entre otros, cumplir con los requisitos mínimos del cargo que escoja el aspirante de la Oferta Pública Empleos de Carrera - OPEC, de acuerdo con lo establecido en la Resolución No. 09317 de 2016 que adoptó el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias.

3. La Comisión Nacional del Servicio Civil suscribió el Contrato Interadministrativo No. 279 de 2017 con la Universidad de Pamplona, para que desarrollara la etapa de verificación de requisitos mínimos, las pruebas de valoración, entrevistas y la consolidación de los resultados.

4. La señora MARIBEL POLANÍA ROJAS, seleccionó el empleo Docente de Aula Primaria del municipio de Neiva, para el cual conforme a las exigencias previstas en la citada resolución se debía acreditar “Estudios. Licenciado. Licenciatura o Normalista Superior”.

5. Al momento de realizarse la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos, fue excluida del concurso de méritos porque no adjuntó en el aplicativo activado para el cargue de documentos -plataforma SIMO- el presupuesto relativo a la educación formal.

6. En vista de lo anterior, la parte interesada efectuó la respectiva reclamación con el fin de que fuera modificada su situación, solicitando se tuviera en cuenta lo diligenciado “en la plataforma SIMO y el Diploma de Pregrado, que no cargó en la Plataforma que se realizó dentro de los tiempos establecidos en el proceso y que de buena fe como de manera real se mostró en otros anexos cargados en la plataforma”. (Negrillas fuera de texto).

7. La Universidad de Pamplona, a través de la comunicación fechada 23 de septiembre de 2017 atendió la solicitud de la aspirante y le indicó que no cumplía con los requisitos mínimos exigidos para el empleo Docente de Primaria establecidos en la OPEC, por tanto, “se mantiene su estado de inadmisión dentro del presente proceso de selección”, máxime cuando:

“Revisada nuevamente la documentación aportada, se observa que la aspirante para acreditar el requisito de Educación Formal adjuntó Título de Especialización en Administración de la Informática Educativa, expedido por la Universidad de Santander UDES, con fecha de grado del 4 de diciembre de 2013 y Certificación que indica que la aspirante se encuentra matriculada (V semestre), en el programa de Maestría en Gestión de la Tecnología Administrativa, expedida por la Universidad de Santander UDES, el 2 de septiembre de 2016. Sin embargo, dichos documentos no pueden ser objeto de valoración en la etapa de Requisitos Mínimos, pues la formación académica allegada no se encuentra dentro de las solicitadas en la OPEC. Es de aclarar que el título y la certificación de posgrado no permiten compensar el título de Licenciado y/o Normalista Superior Requerido en la OPEC”.

8. Inconforme con la respuesta suministrada y sin desconocer la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS que se encuentra vinculada provisionalmente a la Secretaria de Educación del Departamento del Huila como profesora en la Institución Educativa San Miguel del municipio de La Plata, acudió al Juez de tutela para que le protegiera sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, hábeas data y al principio de buena fe, toda vez que de acuerdo a

la convocatoria elegida, “cargué los documentos establecidos como tal, adjuntado mi cédula, los títulos académicos conforme los requisitos exigidos en la misma, sin que se explique que no apareciera mi título de pregrado cargado a la fecha de corte establecido en la convocatoria, pero si los demás”.

Motivo por el cual solicitó se ordenara a las entidades accionadas la incluyeran en la lista de admitidos y se le permitiera continuar en el concurso de méritos.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

1. Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva avocó conocimiento de la demanda de tutela y dispuso comunicar lo pertinente a las autoridades accionadas.

2. La Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional solicitó se declarara improcedente la acción de tutela si se tenía en cuenta que demostrada estaba la falta de legitimidad por pasiva.

3. El Líder de Reclamaciones de la Universidad de Pamplona, consideró que no le había vulnerado ningún derecho fundamental porque el procedimiento y sus actuaciones los ajustaron a las reglas del concurso al cual se inscribió la accionante.

De otra parte agregó que:

“...en el Instructivo de Cargue y/o Actualización de Documentos en el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO Convocatorias 339 a 425 de 2016 – Directivos Docentes, Docentes de Aula y Líderes de Apoyo, publicado el 08 de junio de 2017 en la página oficial de la CNSC, se informó que: ‘Una vez inicie la navegación en el módulo antes mencionado, se hará visible una columna denominada ‘Documento para aplicar a la convocatoria’, en donde deberá seleccionar los documentos que el participante desea que

se tengan en cuenta para el proceso de selección, razón por la cual, deberá hacer la respectiva validación’.

En ese orden de ideas, Honorable Tribunal, el simple hecho de tener los documentos cargados en el perfil de SIMO, no eximía a los aspirantes de validar los documentos necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos solicitados, teniendo en cuenta que, para el proceso de selección en curso, sólo se tendrán en cuenta los documentos cargados y validados por los aspirantes dentro del mismo”. (subrayado de texto).

4. VÍCTOR HUGO GALLEGO CRUZ, Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitó se declarara improcedente la acción de tutela porque verificada la información que reposa en esa entidad, pudo establecer que la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS se inscribió para el cargo de Docente de Aula de Primaria, el cual corresponde al número empleo OPEC 38169, y

“...no realizó ningún cargue de documentos atinentes a la verificación del requisito mínimo para el ejercicio de la docencia en el empleo de Docente de Aula de Primaria exigidos en el respectivo manual de funciones adoptado mediante Resolución No. 15683 del 1º de agosto de 2016 expedido por el Ministerio de Educación Nacional – MEN, hecho que es constatado por el siguiente reporte del aplicativo SIMO, donde muestra que, la citada en relación a su formación académica no aportó documento alguno con el que demostrara acreditar requisitos mínimos para el empleo OPEC 38169 de la entidad territorial Municipio de Neiva, solo allegó una certificación de una maestría que cursa y un acta de grado de una especialización, por lo que una vez surtida la etapa de verificación de requisitos mínimos a través de la Universidad de Pamplona, ésta la califica como INADMITIDA”.

Con base en lo expuesto consideró que no existió vulneración de ninguno de los derechos fundamentales reclamados, máxime cuando frente a la reclamación efectuada por la accionante, la Universidad de Pamplona brindó respuesta, la que fue publicada el 25 de

septiembre de 2017.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, previo el estudio del acervo probatorio y la jurisprudencia nacional que consideró aplicable al caso, resolvió negar el amparo solicitado por considerar que la demandante podía recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa, instaurando una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el pronunciamiento a través del cual fue inadmitida en la Convocatoria 374 de 2016, máxime cuando no alegó y menos probó daño grave e inminente ocasionado por la negativa de continuar en el proceso de selección, resarcible únicamente a través de la acción de tutela.

Además consideró que la presunta irregularidad alegada en principio no sería discutible en este trámite constitucional, pues para eso fue instituida la jurisdicción contenciosa administrativa, donde podría adelantar un amplio debate probatorio sobre los reproches aquí formulados.

5. LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión del Tribunal a quo, la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS la recurrió y solicitó su revocatoria, para que en su lugar, se accediera a las pretensiones elevadas en el escrito inicial de tutela, porque contrario a lo señalado por el Tribunal a quo, la tutela era el medio idóneo para proteger los derechos fundamentales reclamados y no someterse a la complejidad y duración de una acción judicial.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de

sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

2. En materia de provisión de cargos se tiene que por regla general a ellos debe anteceder el concurso de méritos, el cual le permite al empleador, administración pública, mediante un mecanismo de selección escoger finalmente a la persona que acopie las cualidades necesarias para un óptimo desempeño, tal como lo prevé el artículo 125 de la Constitución Política cuando señala que:

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

3. El derecho fundamental al debido proceso administrativo es un conjunto complejo de actuaciones que le impone la ley al Estado para su ordenado funcionamiento, seguridad jurídica de los asociados y validez de sus propias actividades, entre las cuales y a disposición de las personas se encuentran los recursos para que éstas puedan defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea por irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, y que al usarlos dan inicio a la denominada vía gubernativa, a fin de permitir a la autoridad respectiva la corrección de sus propios actos mediante su

modificación, aclaración o revocatoria y para garantizar a los administrados sus derechos sin tener que acudir a la instancia judicial.

Existe además la necesidad de utilizar dicha vía como un presupuesto establecido por la ley para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual implica su debido agotamiento para el ejercicio, en los casos de ley, del derecho fundamental al libre acceso a la justicia.

4. Descendiendo al caso puesto a consideración de la Sala, es indiscutible que la demanda de tutela presentada por la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS la dirige a que por vía de este excepcional mecanismo de protección, la Comisión Nacional del Servicio Civil modifique el acto administrativo a través del cual resolvió excluirla del proceso de selección con ocasión al resultado de la etapa de verificación de requisitos mínimos en el desarrollo de la Convocatoria 374 de 2016, porque al momento de cargue de documentos no anexó el título exigido para el empleo al que aspiró, esto es, “Licenciado. Licenciatura o Normalista Superior”.

5. Empero encuentra la Sala que el amparo solicitado es improcedente porque no vislumbra cómo las entidades demandadas hayan quebrantado derecho fundamental alguno a la demandante, toda vez que de la información que hace parte de este trámite constitucional se infiere que su proceder se ajustó a las previsiones establecidas en la Ley 909 de 2004 y el Acuerdo 20162310000976 del 19-07-2016, a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los cargos vacantes de Directivos Docentes, Docentes de Aula y Líderes de Apoyo, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicados en la entidad territorial certificada en educación Departamento del Huila.

6. Precisión que cobra relevancia si se tiene en cuenta que tal como lo tiene precisado la jurisprudencia nacional (C.C. T-256/95 y T-654/11), la convocatoria es regla del concurso y,

por lo mismo, vinculante para la entidad convocante y los aspirantes, toda vez que ésta es:

...la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.

7. En tales condiciones, demostrado está que en la Convocatoria 374 de 2016, a los aspirantes se les puso presente como condiciones generales de participación, entre otros, cumplir con los requisitos mínimos del cargo que escoja el aspirante de la Oferta Pública Empleos de Carrera – OPEC Docente, de acuerdo con lo establecido en la Resolución No. 09317 de 2016 que adoptó el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias. Y,

Tal como lo puso de presente el Líder de Reclamaciones de la Universidad de Pamplona, en el Instructivo para el Cargue y/o Actualización de Documentos en el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO, publicado el 08 de junio de 2017, se le hizo saber a los interesados que se había habilitado en el sistema un aplicativo que debían utilizar para hacer la respectiva validación de los documentos que llegaren a adjuntar con el fin de acreditar los requisitos exigidos para el cargo seleccionado.

Sin que la aquí accionante hubiere manifestado oportunamente alguna inconformidad con el procedimiento o las exigencias allí señaladas.

8. Ahora bien, la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS, seleccionó el empleo Docente de Aula Primaria del municipio de Neiva, para el cual conforme a las exigencias previstas en la citada resolución se debía acreditar “Estudios. Licenciado. Licenciatura o Normalista Superior”.

9. Si bien, no se desconoce que en los términos señalados en la Convocatoria 374 de 2016, la parte actora procedió a cargar los documentos por medio de los cuales consideró que acreditaba los requisitos exigidos para el empleo Docente del Aula de Primaria del municipio de Neiva, también lo es que se abstuvo de adelantar el procedimiento relativo a la validación de los mismos, por tanto, no puede alegar una situación que ella misma cohonestó.

10. A lo anterior se suma que respecto a las presuntas irregularidades que quiere hacer valer la ciudadana MARIBEL POLANÍA ROJAS en esta sede, tal como se puso de presente en el acápite de antecedentes que hace parte de esta providencia, quien representó los intereses de la Universidad de Pamplona le hizo saber las razones por las cuales no modificó la decisión de inadmitirla en el concurso de méritos para el cargo al cual se inscribió.

11. Así, pues a primera vista, no se advierte de qué manera las autoridades accionadas hayan vulnerado algún derecho fundamental a la aquí accionante, máxime cuando acreditado está que una vez tuvo conocimiento de la decisión a través fue incluida en el listado de no admitidos, efectuó la respectiva reclamación.

El hecho que la autoridad competente no haya accedido a sus pretensiones no es razón suficiente para señalar las actuaciones de las entidades demandadas de ser arbitrarias o caprichosas que ameriten la intervención del juez de tutela, si se tiene en cuenta que de manera clara y precisa se dio respuesta a todos sus planteamientos, diferente es que no le hayan sido favorables.

12. Entonces: si dentro de la oportunidad prevista en el ordenamiento jurídico la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS utilizó el instrumento propicio para viabilizar la protección de sus derechos, aparece entonces el mecanismo de tutela como manifiestamente improcedente porque lejos está de ser un procedimiento paralelo del medio judicial previsto de manera ordinaria al interior del respectivo proceso y no puede utilizarse como un nuevo juicio para verificar situaciones que fueron objeto de análisis por las autoridades competentes conforme al trámite establecido por el legislador, pues ello implicaría reabrir un debate superado, con desconocimiento de los principios de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la preclusión de los actos procesales, lo cual es constitucionalmente improcedente.

13. A lo ya expuesto se suma que la ciudadana referenciada aún cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, dado que su reclamación tiene que ver con el acto administrativo a través del cual la Universidad de Pamplona le informó las razones por las cuales confirmó la decisión a través de la cual se dispuso su inclusión en la lista de no admitidos, y tácitamente contra los actos administrativos dictados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el desarrollo de la Convocatoria 374 de 2016, pues tiene a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Instancia en las que además se tiene la posibilidad de reclamar la suspensión provisional del acto administrativo, constituyéndose así en el medio idóneo para controvertir el pronunciamiento que dice atenta contra sus derechos fundamentales.

14. En efecto: la alternativa de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, impide al juez de tutela intervenir en el asunto objeto del sub júdice, porque como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional (C.C. T-766/06):

“En términos normativos y de la jurisprudencia, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el

sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

“(…)

“De otro lado, en el presente asunto no se configura el perjuicio irremediable, porque (...) el peticionario podría obtener la suspensión provisional de los actos censurados sin perjuicio de la eventual nulidad. De tal forma, resulta improcedente conceder el amparo, al haberse podido acudir a otro mecanismo de defensa judicial considerado eficaz para reclamar ante la jurisdicción especializada, como lo ha reiterado esta corporación:

“... la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos.

15. Y es justamente el soporte de una tal prédica el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el principio constitucional contenido en el inciso 3° del Art. 86 Superior cuando en su numeral 1° consagra como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia “de otros recursos o medios de defensa judiciales”, salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

16. Como surge de la interpretación del artículo 86 de la Carta Política, cuando se configure la existencia inminente de un perjuicio irremediable frente a los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que aun existiendo un canal de protección judicial -ordinario- idóneo para protegerlos, la decisión de esta autoridad podría

resultar inútil o tardía, habría lugar a la tutela.

Para el efecto resulta pertinente recordar que la Corte Constitucional (T-823/99) ha establecido los requisitos que se deben cumplir para que el perjuicio mencionado permita la intervención inmediata del juez de tutela, definición que se ha reiterado en varios pronunciamientos, entre ellos, en el siguiente:

Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio.
(subrayas fuera del texto)

17. Aplicando el precedente judicial referenciado, lo cierto es que en este caso el perjuicio irremediable no pasa de ser una simple afirmación de la señora MARIBEL POLANÍA ROJAS, sin respaldo probatorio alguno, por lo cual el mecanismo de amparo no procede, ni siquiera, de forma transitoria, porque no acreditó sumariamente el perjuicio irremediable alegado y la Sala tampoco lo advierte, máxime cuando es la misma accionante quien en la petición de amparo reconoce que se encuentra vinculada como profesora en la Secretaría de Educación del Departamento del Huila. Y,

18. De plano se descarta la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad, porque la parte actora no acreditó que a otra persona en condiciones similares a la suya, la

autoridad accionada le haya permitido continuar en el trámite propio de la Convocatoria 374 de 2016, máxime cuando la garantía constitucional prevista en el artículo 13 de la Carta Política sólo puede predicarse cuando hay identidad entre los supuestos del hecho frente a los cuales se realiza la comparación, situación que el libelista se abstuvo de demostrar.

19. Así pues, al no estar acreditado la presunta vulneración de los derechos fundamentales a que hizo referencia la libelista, la solicitud de amparo, tal como lo puso de presente el Tribunal a quo, resulta improcedente

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal de Tutelas No.2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la decisión proferida el 31 de octubre de 2017 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Y,
2. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

