

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MAGISTRADO PONENTE

STP227-2018

Radicación No. 95911

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 el señor FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ, contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, a través de la cual negó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, confianza legítima y dignidad humana, presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y la Universidad de Pamplona.

2. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. De la información que hace parte de este trámite constitucional se pudo establecer que el señor FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ, se inscribió a la Convocatoria No. 361 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 del Departamento de Córdoba.

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.

De otra parte, en lo relativo a las certificaciones de experiencia, se indicó que:

“Cuando se presente experiencia adquirida de manera simultánea en una o varias instituciones (tiempos traslapados), el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez”.

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. El señor FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ, seleccionó el empleo Directivo Docente Cargo: Rector, para el cual conforme a las exigencias previstas en la Resolución No. 15683

de 2016 expedida por el Ministerio de Educación Nacional citada resolución se debía acreditar, entre otros:

“Experiencia mínima: Seis (06) años en alguno de los cargos de directivos docentes (Ley 115 de 1994 o Decreto Ley 278 de 2002), ó, Cuatro (4) años en alguno de los cargos de directivos docentes (Ley 115 de 1994 o Decreto Ley 1278 de 2002), y, Dos (2) años de experiencia en otro tipo de cargos en los que haya cumplido funciones de administración de personal, finanzas o planeación de instituciones educativas oficiales o privadas de cualquier nivel educativo o del sector educativo, ó, Cinco (5) años en cargos docentes de tiempo completo en cualquier nivel educativo y tipo de institución oficial o privada, y Un (1) año en alguno de los cargos de directivos docentes (Ley 115 de 1994 o Decreto Ley 1278 de 2002) ó, en otro tipo de cargos en los que haya cumplido funciones de administración de personal, finanzas o planeación de instituciones educativas oficiales o privadas de cualquier nivel educativo o del sector educativo”.

5. Al momento de realizarse la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos, fue excluido del concurso de méritos porque sólo acreditó cinco (05) años, once (11) meses, tres (03) días como Docente.

6. Contra la anterior decisión la parte interesada efectuó la respectiva reclamación con el fin de que fuera modificada su situación, para lo cual señaló que “...la experiencia aportada tiene fecha simultánea pero los horarios no son simultáneos...”

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

“Revisados nuevamente los documentos adjuntados se observa que el aspirante aportó

certificación de experiencia laboral que indica que trabajó tanto en Centro Educativo El Comején desde el 01/11/2014 hasta el 01/06/2016 como en Institución Educativa Pueblo Bujo desde el 10/02/2012 hasta el 03/08/2013, dicha experiencia no puede ser objeto de valoración por cuanto la experiencia acreditada es simultánea con la experiencia certificada por Alcaldía de Montería, en la cual se indica que trabajó desde 24/08/2010 hasta 26/07/2016. Al respecto el artículo 27 de los acuerdos de convocatoria señala:...

(...)

Como se observa el tiempo total de experiencia correspondiente 5 años, 11 meses y 3 días como Docente, sin embargo, no acredita experiencia como Directivo Docente, requisito insuficiente frente al requisito de 6 años como Directivo Docente o en algunas de las opciones anteriormente mencionadas en el cuadro de requisitos solicitados por la OPEC”.

8. Inconforme con la respuesta suministrada y sin desconocer el ciudadano FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ que se encuentra vinculado provisionalmente en la Institución Educativa Pueblo Bujo del municipio de Montería y que para el momento de adjuntar la respectiva documentación para acreditar la exigencias previstas para el empleo al que aspiró en la Convocatoria 361 de 2016, “tenía 5 años 11 meses y 3 días, sólo faltarían 27 días para cumplir los 6 años, al cierre de la convocatoria 30 de septiembre de 2017”, acudió al Juez de tutela para que le protegiera sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y el acceso a cargos públicos, si se tenía en cuenta que se incurrió en un error “al no tener en cuenta todos mis certificados laborales en diferentes actividades y con horarios diferentes, que me permiten acreditar los requisitos mínimos en el cargo”.

Motivo por el cual solicitó se ordenara a las entidades accionadas lo incluyeran en la lista de admitidos y se le permitiera continuar en el concurso de méritos por cumplir con todos los requisitos exigidos en la Convocatoria 361 de 2016.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

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

2. VÍCTOR HUGO GALLEGO CRUZ, Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitó se declarara improcedente la acción de tutela porque el demandante contaba con otros medios defensa judicial para sacar adelante sus pretensiones, como era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que su inconformidad estaba encaminada a atacar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la Convocatoria No. 361 de 2016, particularmente en lo que hacía relación a su inadmisión por no acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el empleo al cual se inscribió.

De otra parte indicó que en cumplimiento del principio de publicidad y debido proceso, divulgó en su página web aviso informativo señalando las fechas únicas (del 16 al 27 de junio de 2017) para el cargue de los documentos a tener en cuenta para la etapa de verificación de requisitos mínimos. Y,

En el caso del demandante con las constancias que adjuntó en ese interregno no cumplió con el tiempo mínimo exigido para el cargo de Directivo Docente, tal como se prevé en la Resolución No. 15683 del 1º de agosto de 2016, pues “los Profesionales licenciados deberán acreditar por lo menos un (1) año de experiencia profesional en cargos de directivo docente, ante lo cual el accionante solamente acreditó 5 años y 11 meses y 3 días en cargos de docente de aula...”.

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 le suministró la respectiva respuesta.

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 el accionante.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, previo el estudio del acervo probatorio y la jurisprudencia nacional que consideró aplicable al caso, resolvió negar el amparo solicitado porque el accionante no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable y menos explicó por qué los medios judiciales que tenía a su alcance no resultaban idóneos para dirimir el asunto planteado.

De otra parte, señaló que la decisión adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil relativa a la inadmisión del aquí accionante en el proceso de selección dentro de la Convocatoria 361 de 2016 no era grosera o arbitraria, pues solo se revisaron los requisitos exigidos para continuar en el concurso y en virtud del incumplimiento de éstos por parte del interesado se decidió inadmitirlo, regla que se estableció desde el inicio de la misma, “por lo que el accionante desde la inscripción conocía de la exigencia de acreditar el tiempo de experiencia requerida para aspirar al cargo que escogió”, por ende, mal hacía en acudir a la tutela para exigir se modificaran las condiciones establecidas en la Convocatoria No. 361 de 2016.

5. LA IMPUGNACIÓN:

Notificado del fallo del Tribunal a quo, el ciudadano FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ lo recurrió y solicitó su revocatoria, para que en su lugar, se accediera a las pretensiones elevadas en el escrito inicial de tutela, pues insiste en que con las constancias aportadas en el trámite de la Convocatoria 361 de 2016, cumplía con el tiempo de experiencia exigido para el cargo al que aspiró.

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 el ciudadano FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ 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 excluirlo del proceso de selección con ocasión al resultado de la etapa de verificación de requisitos mínimos en el desarrollo de la Convocatoria 361 de 2016, porque con las constancias de tiempo de servicios que adjuntó en el periodo concepto para ese efecto no acreditó el requisito mínimo de experiencia exigido para el empleo de Directivo Docente: Cargo Rectos, esto es, cinco (05) años en cargos docentes de tiempo completo y un (01) año en alguno de los cargos de directivo docente o en otro tipo de cargos en los que haya cumplido funciones de administración de personal, finanzas o planeación de instituciones educativas oficiales o privadas de cualquier nivel educativo o del sector educativo.

5. Empero encuentra la Sala que el amparo solicitado es improcedente porque no vislumbra cómo las entidades demandadas hayan quebrantado derecho fundamental alguno al 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 20162310000156 del 01-07-2016, 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 del Departamento de Córdoba.

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 361 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. 15683 de 2016 que adoptó el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias. Y,

Tal como lo puso de presente el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cumplimiento del principio de publicidad y debido proceso, divulgó en su página web aviso informativo señalando las fechas únicas (del 16 al 27 de junio de 2017) para el cargue de los documentos a tener en cuenta para la etapa de verificación de requisitos mínimos.

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

8. A lo anterior se suma que es el mismo accionante quien en la petición de amparo se encarga de señalar que para el momento del cargue de las constancias de tiempo de servicios por medio de las cuales pretendía acreditar el requisito de experiencia mínima para el empleo de Docente Directo: Cargo Rector, no lo cumplía, pues fue claro en precisar que “a la fecha en que presente el certificado expedido por el municipio de Montería tenía 5 años 11 meses y 3 días, sólo faltarían 27 días para cumplir los 6 años, al cierre de la Convocatoria 30 de septiembre de 2016 ya tendría 6 años” (fl. 3 c. Tribunal), por tanto, si fue excluido del concurso de méritos no fue culpa de las autoridades accionadas sino del hecho que para el 27 de junio de 2017 el periodo laborado no era suficiente para demostrar el presupuesto de práctica exigida para el cargo al cual aspiró en la Convocatoria 361 de 2016.

9. Además, respecto a las presuntas irregularidades que quiere hacer valer el señor FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ 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 inadmitirlo en el concurso de méritos atrás referenciado.

10. Así, pues a primera vista, no se advierte de qué manera las autoridades accionadas hayan vulnerado algún derecho fundamental al aquí accionante, máxime cuando acreditado está que una vez tuvo conocimiento de la decisión a través fue incluido 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.

11. Entonces: si dentro de la oportunidad prevista en el ordenamiento jurídico el ciudadano FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ 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.

12. A lo ya expuesto se suma que el aquí accionante 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 361 de 2016, pues tiene a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Instancia en la 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.

13. 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.

14. 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.

15. 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)

16. Aplicando el precedente judicial referenciado, lo cierto es que en este caso el perjuicio

irremediable no pasa de ser una simple afirmación del ciudadano FREY CASIANO CALDERÓN ORTIZ, 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 el mismo accionante quien en la petición de amparo reconoce que se encuentra vinculado como docente en la Institución Educativa de Pueblo Bujo del municipio de Montería.

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 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería. 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

1 Acuerdo 20162310000156 del 01-07-2016.