

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto 081 del 25 de abril del 2013, el cual se anexa en la parte final del presente fallo, se corrige un error de transcripción cometido en el numeral primero de la parte resolutiva.

Sentencia T-090/13

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Subreglas de procedencia excepcional/CONCURSO DE MERITOS-Improcedencia en principio contra actos administrativos que la reglamentan o ejecutan

En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela

evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculado.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN CONCURSO DE MERITOS-Convocatoria como ley del concurso

El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen

las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior). Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES DIAN-Procesos de selección deben adelantarse con sujeción a los principios del mérito, libre concurrencia, igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, imparcialidad, entre otros

CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES DIAN-Caso en que la CNSC se negó a reprogramar las fechas de entrevista por la imposibilidad de los accionantes de asistir por encontrarse en comisión de servicios en el exterior

ACCION DE TUTELA CONTRA LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Improcedencia por no existir perjuicio irremediable y por no ejercer los recursos ordinarios en la negativa de la Comisión para reprogramar fecha de entrevista a concurso en la DIAN

En el presente caso la acción de tutela se torna improcedente porque los accionantes cuentan con otros medios de defensa judicial para cuestionar la legalidad del acto administrativo que les negó a reprogramación de la prueba de entrevista dentro de la convocatoria No. 128 de 2009, cual es, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa donde pueden solicitar la suspensión provisional del acto censurado. Ahora, si la solicitud de amparo fuese estudiada como un mecanismo transitorio en procura de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, la misma también se torna improcedente porque los accionantes no lograron acreditar en qué consiste tal perjuicio, más aún cuando el ejercicio y cumplimiento de la comisión de servicios que les fue conferida para asistir a una capacitación de México, corresponde en su aceptación a un ejercer de libre voluntad y no a una causal objetiva. Sumado a ello, desde las mismas reglas de concurso se había establecido que la fecha para presentar la prueba de entrevista era única y que la inasistencia a la misma generaba la no puntuación en este ítem clasificatorio. Por consiguiente, no existió menoscabo a los derechos fundamentales invocados por los actores.

Referencia: expediente T-3660821

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil trece (2013).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 10 de agosto de 2012, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de septiembre de la misma anualidad, que resolvieron la acción de tutela promovida por Luis Adelmo Plaza Guamanga y otra contra la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 26 de julio de 2012, los señores Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez, instauraron acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”, por considerar que ésta con sus actuaciones vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. Manifiestan los accionantes que la Comisión Nacional de Servicio Civil “CNSC” publicó la Convocatoria No. 128 de 2009, mediante la cual convocó al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera administrativa de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales “DIAN”, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa. Dicho concurso fue reglamentado por la CNSC mediante Acuerdo No. 108 del 6 de agosto de 2009.

1.2. Cuentan los accionantes que se inscribieron en la Convocatoria No. 128 de 2009, para concursar por los siguientes cargos así: Luis Adelmo Plaza Guamanga en el empleo 201148 correspondiente a Auditor Líder del Proceso de Fiscalización y Liquidación, y Dennys Gutiérrez Gutiérrez en el empleo 201095 referente a Auditor Experto del Proceso de Fiscalización y Liquidación.

1.3. Los accionantes superaron la prueba de conocimientos funcionales y publicados los resultados de la prueba de aptitudes, fueron convocados el 10 de julio de 2012, a la prueba de entrevista así: Luis Adelmo Plaza Guamanga para el miércoles 18 de julio de 2012 a las 10:00 am, y Dennys Gutiérrez Gutiérrez para el 19 de julio de 2012 a las 5:00 pm[1].

1.4. Narran días atrás, exactamente el 25 de junio de 2012, el Subdirector de Gestión de

Fiscalización Internacional de la DIAN informó a la Directora del Centro Multilateral de Impuesto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en México, el nombre de 3 funcionarios de la DIAN que asistirían como delegados al Seminario de Precios de Transferencia, programado para la semana del 16 al 20 de julio de 2012 en la ciudad de México DF. Dentro de esos nombres estaban los de Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez[2].

1.5. Indican que el Director General de la DIAN, mediante oficio No. 100000202-001296 del 26 de junio de 2012, solicitó al Ministro de Hacienda y Crédito Público que fueran conferidas las comisiones de los tres funcionarios y el correspondiente permiso para aceptar la financiación de la misma[3], al igual que el 10 de julio de 2012, el Director General de la DIAN suscribió el formato de autorización de comisiones en el exterior, el cual remitió a la Secretaría General de la Presidencia de la República[4].

1.6. Ante lo anterior, el día 11 de julio de 2012, los accionantes enviaron a la dirección electrónica indicada en la página web de la Universidad de San Buenaventura de Medellín (convocatorias.dian@usbmed.edu.co) y a la informada telefónicamente por la CNSC (Convocatoriasdian2009-2010@cnsco.gov.co), una solicitud para que les fuera reprogramada la entrevista por cuanto estarían ausentes del país entre el 16 al 20 de julio de 2012, con ocasión de un seminario internacional al que asistirían como funcionarios de la DIAN[5].

1.7. Señalan que el 13 de julio de 2012, el Director General de la DIAN profirió la resolución No. 005334, por medio de la cual les confirió comisión de servicios en el exterior para asistir al seminario internacional[6]. No obstante, ese mismo día la Subdirectora de Gestión de Fiscalización Internacional de la DIAN, le informó al Director General de la esa entidad que los accionantes no podían asistir a la comisión de servicios por cuanto se les cruzaba con la entrevista del concurso de méritos, pero también le comentó que estaban adelantando las gestiones pertinentes ante la CNSC para obtener la modificación en las fechas de entrevista.

1.8. Ante tal situación, la Asesora del Despacho del Director General de la DIAN, intercambió correos electrónicos con la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, a quien le solicitó reprogramar la fecha de entrevista de los actores para que éstos pudieran asistir al seminario internacional en la ciudad de México DF. En respuesta de lo

anterior, la Directora del Departamento de la Función Pública, el mismo 13 de julio de 2012, indicó que “con gusto ya di instrucciones, apenas regresen los citados”[7]. Por ello, la Asesora del Despacho del Director General de la DIAN, informó a éste y a los accionantes, que podían asistir a seminario internacional porque les serían reprogramadas las fechas para la entrevista en la Convocatoria No. 128 de 2009.

1.9. Encontrándose los actores en la ciudad de México DF, el día 16 de julio de 2012, en horas de la mañana, la Jefe Coordinadora de Enlace Local e Internacional de la DIAN, les envía a aquellos un correo electrónico en que les informaba que las entrevistas habían sido pospuestas para el lunes 23 de julio de 2012, y que sólo estaba pendiente por confirmar la hora exacta en que serían realizadas.

1.10. Sin embargo, ese mismo 16 de julio de 2012, en horas de la tarde, cuentan los actores que recibieron un correo electrónico de la dirección convocatorias.dian@usbmed.edu.co, correspondiente al Equipo de Atención y Respuestas a Reclamos de la Universidad de San Buenaventura, en el cual les informaban que no cabía la posibilidad de presentar la entrevista en fecha distinta a la ya programada por los organizadores del proceso de selección[8], situación que en sentir de aquellos estructura la configuración de un perjuicio irremediable porque habían viajado a México confiados de que las fechas de entrevistas habían sido aplazadas. El no presentarlas equivale a perder el 10% de la calificación en el concurso y a disminuirles la posibilidad de estar en las listas de elegibles de los cargos para los cuales aplicaron, afectando con ello sus derechos al trabajo y al debido proceso.

1.11. Los actores reenviaron dicho correo a la Subdirectora de Gestión de Fiscalización Internacional de la DIAN y a la Jefe Coordinadora de Enlace Local e Internacional de ese misma entidad, manifestando la preocupación por los datos cruzados y solicitando la gestión para el aplazamiento de las entrevistas[9]. En respuesta, las funcionarias les indicaron el 17 de julio de 2012, que el Director de la DIAN se había comunicado con el Presidente de la CNSC y que había solucionado todo; por lo cual, la entrevista se mantenía reprogramada para el 23 de julio de 2012[10].

1.12. Señalan los actores que el Seminario sobre Precios de Transferencia finalizó el 20 de julio de 2012, y que regresaron al país para estar en la entrevista el 23 de julio de esa anualidad, pero que pasó todo el día y jamás fueron recibidos para llevarla a cabo.

1.13. Aducen que el 23 de julio de 2012, en horas de la tarde, la Asesora del Despacho del Director de la DIAN y la Directora de Gestión de Recursos y Administración Económica de esa entidad, informaron a los actores que “lamentablemente hubo un mal entendido en la comunicación entre los altos funcionarios del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Alta Consejería Presidencial para la Gestión Pública y Privada y el Presidente de la CNSC, y que finalmente no se había logrado que se reprogramara la fecha de las entrevistas”. Por consiguiente, indican que a la fecha de presentación de la tutela, aún no les habían reprogramado la fecha de las entrevistas.

1.14. Finalizan diciendo que “las numerosas comunicaciones verbales y la correspondencia electrónica cruzada entre los altos directivos de la DIAN, la Alta Consejería Presidencial para la gestión Pública y Privada, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Comisión Nacional del Servicio Civil, conllevaron a confusiones e indujeron a error a dichos altos funcionarios y a nosotros mismos, a tal punto que viajamos confiados porque nos aseguraron que la fecha de la entrevista había sido aplazada”. Agregan que la no presentación de la prueba de entrevista los días 18 y 19 de julio de 2012, no obedeció a causas personales sino a que estaban ausentes del país en cumplimiento de una comisión oficial de capacitación en la ciudad de México DF, razón por la cual se viola el derecho a la igualdad porque “mientras los funcionarios que estaban prestando su servicio en el territorio nacional pudieron presentar la prueba de entrevista, a nosotros que estábamos prestando también un servicio pero en representación oficial en el exterior, se nos impide presentar dicha prueba”, y el debido proceso porque en el cronograma de la convocatoria, la fecha de publicación de las entrevistas debió ser entre el 5 al 9 de junio de 2012 y las mismas debieron llevarse a cabo entre el 19 y el 23 de junio de 2012[11].

1.15. En virtud de lo anterior, los accionantes invocan la tutela como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, vulnerados por la CNSC. En consecuencia, solicitan (i) suspender la conformación de la lista de elegibles por parte de la accionada, para los empleos con códigos 201148 y 201095 de la Convocatoria No. 128 de 2009; y, (ii) ordenar a la CNSC reprogramar una nueva fecha para que los actores presenten la entrevista dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009.

2. Respuestas de la entidad accionada y de las vinculadas:

Así mismo, adujo que la CNSC suscribió el contrato 226 de 2011 con la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, para que adelantara varias etapas del concurso de méritos denominado Convocatoria No. 128 de 2009, entre ellas, la de pruebas de entrevistas a los aspirantes, cuyas fechas de programación se informaron “con suficiente tiempo de antelación”. Tanto es así que los accionantes presentaron una solicitud de aplazamiento de la entrevista, la cual fue resuelta negativamente por la Universidad porque “no cabe la posibilidad a esta etapa del proceso de selección (entrevista) de presentarla en fecha distinta a la ya programada, pues, este es un proceso simultáneo como los anteriores y no se pueden hacer modificaciones”. Entonces, señaló que independientemente de los motivos por los cuales los actores no pudieron asistir a la mencionada entrevista, los accionantes tuvieron conocimiento sobre la negativa de fijar nueva fecha para la prueba de entrevista.

Finalizó diciendo que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la CNSC, como la entidad que convoca el concurso y todos los aspirantes, quienes de antemano debían sujetarse a las reglas de concurso y a las obligaciones que el mismo les impone, como acudir en la fecha y hora programada a presentar la prueba de entrevista correspondiente.

2.2. La Subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa entidad, por cuanto la DIAN contrató a la Universidad de San Buenaventura de Medellín para el diseño, construcción, ensamblaje, aplicación, validación, procesamiento y calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes, además del diseño y la calificación de las pruebas de entrevista; por consiguiente, siguiendo el numeral 6º de la convocatoria No. 128 de 2009 y la resolución No. 1245 del 6 de noviembre de 2009, corresponde a dicha Universidad y a la CNSC resolver las reclamaciones entorno a las diferentes fases del concurso, porque la DIAN no ha intervenido ni legalmente puede intervenir en el proceso de selección.

Sin embargo, solicitó conceder la tutela en el presente asunto por cuanto los accionantes se encontraban entre los días 16 a 20 de julio de 2012, en comisión de servicios en la ciudad

de México DF, participando por parte de la Dian y en representación del estado colombiano, en el seminario “Precios de transferencia: implementación de la legislación de precios de transferencia”, evento programado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE).

Señaló que dicha comisión fue solicitada por el Director General de la Dian ante el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien la autorizó el 26 de junio de 2012, es decir, mucho antes de que fuesen publicadas las citaciones a entrevista para los actores. A pesar de ello, éstos solicitaron el aplazamiento de la prueba de entrevista ante la prontitud de la misma y porque era imposible designar otros funcionarios que representaran en ese evento al Estado colombiano. Ello motivó que la Asesora del Despacho del Director General de la Dian solicitara la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de solicitar a la CNSC la reprogramación de las entrevistas, como en efecto ocurrió mediante intercambio de correos electrónicos. De esta forma, los actores viajaron a su comisión confiados en que a su regreso podrían presentar las entrevistas correspondientes.

2.3. El Rector de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín solicitó negar el amparo constitucional, porque esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de los actores ya que éstos al pedir la reprogramación de las fechas de entrevistas, no demostraron en su momento mérito para ello y, por esa razón, la Universidad les manifestó la imposibilidad de aplazar las prueba personales.

Además, indicó que el proceso de selección debe estar guiado por el principio de igualdad no solo frente a algunos de los aspirantes, sino respecto de todos; entonces, por ese motivo no se puede tener prerrogativas especiales de conveniencia con personas en particular o con funcionarios de la entidad a la que se va proveer los cargos de carrera administrativa. Por consiguiente, recalcó que “los concursantes para obtener sus fines, no pueden pretender desconocer y pasar por encima de las reglas del concurso, ni mucho menos desconocer que la Universidad de San Buenaventura los ha rodeado de todas las garantías para seguir en el proceso de selección”.

Agregó que los accionantes a sabiendas de que la entidad competente para reprogramar las citas de entrevista era la Universidad de San Buenaventura, “utilizaron influencias de altos

funcionarios, sin miramiento alguno de los principios de transparencia e imparcialidad que rige el concurso de mandato constitucional”, para lograr que les fuesen cambiadas las fechas de presentación de las pruebas de entrevistas. Con fundamento en lo anterior, afirmó que las pretensiones de los accionantes rayan con un egoísmo sin precedentes para atender a sus propios intereses, poniendo en duda la seriedad y objetividad de la prueba, así como el desenvolvimiento general del concurso.

Concluyó señalando que en el presente caso la tutela no cumple con los requisitos generales de procedibilidad, toda vez que los accionantes cuentan con otros medios de defensa judicial donde pueden controvertir la legalidad de los actos administrativos dictados en el concurso de méritos.

3. Sentencias objeto de revisión:

3.1. Primera instancia:

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal, en sentencia del 10 de agosto de 2012, negó el amparo al estimar que ni la CNSC ni la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad que les asisten a los accionantes.

El Tribunal fundó su decisión en que el día 10 de julio de 2012, a través de la página web de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, se informó a todos los aspirantes que habían superado las pruebas funcionales y de aptitud, que concursaban por el cargo de Inspector, la fecha y hora en que se adelantaría la prueba de entrevista individual. Precisó que independientemente de que el cronograma de la convocatoria hubiese presentado modificaciones por los ajustes normales y previsibles en desarrollo de ella, ello no significó alteración sustancial de las condiciones de fondo para acceder a los cargos de concurso, sino de los tiempos en que cada una de las etapas se fue cumpliendo, lo que en todo caso fue dado a conocer con suficiente antelación a los participantes, de manera que no puede afirmarse, en sentir del Tribunal, que exista una afectación al debido proceso de los actores porque éstos optaron libremente por no acudir a la citación para entrevista y sí viajar como delegados de la DIAN a la ciudad de México durante la semana en que estaban programadas las entrevistas. En otras palabras, a los accionantes solo les asistió la inconformidad en la modificación del cronograma del concurso cuando advirtieron una

possible afectación de su interés individual por acudir a un evento fuera del país y no antes, pues ese no es el único ajuste que se ha presentado en las fechas de ejecución de las etapas de la convocatoria.

Señaló el Tribunal su asombro frente al argumento de los accionantes de haber sido inducidos en error por sus propias autoridades superiores de la DIAN y por funcionarios de la Alta Consejería Presidencial para la Gestión Pública y Privada, y del Departamento Administrativo de la Función Pública, que los llevaron a viajar convencidos del aplazamiento de sus entrevistas, aduciendo además estar guiados por los principios de confianza legítima y buena fe, cuando según el Tribunal, lo que se extrae de la tutela es una actitud por parte de ellos de pretender sacar ventaja y privilegio al ser actuales funcionarios de la DIAN y contar con influencias para lograr la reprogramación de las entrevistas. Dijo el Tribunal que esa actitud va en detrimento de otros concursantes también con posibles inconvenientes personales para asistir a la prueba, a quien no les es dable acceder a privilegios.

Respecto del derecho al trabajo, el Tribunal manifestó que no estaba afectado porque la participación en el concurso de méritos sólo constituye una expectativa para acceder al empleo y no garantiza su aprobación o ingreso al servicio, como tampoco representa un derecho adquirido que requiera amparo constitucional.

Finalizó diciendo que los accionantes pueden acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos de la convocatoria, y solicitar en ese trámite la suspensión provisional de los mismos, con el fin de aliviar temporalmente una eventual vulneración de derechos ante la continuación en la ejecución de las etapas del concurso de méritos, siendo entonces la tutela improcedente porque no existe perjuicio irremediable que conjurar.

3.2. Impugnación presentada por los actores:

Los accionantes solicitaron revocar el fallo adverso a sus pretensiones aduciendo, en primer lugar, que no presentaron la prueba de entrevista en las fechas programadas el 18 y 19 de julio de 2012, porque estaban ausentes del país en cumplimiento de una comisión de servicios en el exterior, de capacitación en la ciudad de México DF, debidamente autorizada por el Director General de la DIAN y con fines de aprendizaje en beneficio de la Institución. Señalan que la comisión de servicios en el exterior es una situación administrativa propia de

la función pública y que cobija a quienes ejercen como funcionarios actuales de la DIAN, la cual se encuentra consagrada en el Decreto Ley 2400 de 1968 y en el Decreto Reglamentario No. 1050 de 1997.

En ese contexto, indican los actores que su desplazamiento a la ciudad de México DF no obedeció a la satisfacción de intereses personales o individuales, sino de carácter institucional porque se trataba del cumplimiento de una comisión de servicios en el exterior y porque existe un interés prioritario de Colombia en ser miembro activos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Así, indicaron que “la DIAN nos designó como delegados para participar en dicho seminario, porque somos funcionarios idóneos, altamente calificados, con el perfil, trayectoria en la entidad y experiencia en las áreas de fiscalización tributaria requerida, que nos permite obtener el mejor provecho en un evento de esta naturaleza que redunde en beneficios y crecimiento de la administración tributaria colombiana”. Por lo tanto, precisan que su condición no era compatible con la de otros concursantes que no estaban en la misma situación administrativa, ni con los aspirantes que actualmente no se encuentran vinculados a la DIAN.

En segundo lugar, los actores señalaron que la citación a entrevista no fue comunicada con la suficiente anterioridad, ya que el 10 de julio de 2012 se enteraron de las fechas en que se adelantarían las mismas, y exactamente los días 18 y 19 de julio de 2012 se realizaron sin contar con su presencia. Indican que eso desconoció el contenido de la resolución No. 4479 del 21 de noviembre de 2011, en la cual se adujo que la citación para entrevista debía darse a conocer 5 semanas después de la fecha de aplicación de las pruebas de competencias funcionales, es decir, en la semana del 5 al 9 de junio de 2012, y que la aplicación de las entrevistas tendrían lugar 7 semanas después de la prueba de competencia funcionales, esto es, del 19 al 23 de junio de 2012. Así, la convocatoria No. 128 de 2009, no cumplió con las reglas establecidas para adelantar el cronograma del concurso de méritos.

En tercer lugar, los accionantes aducen que no tuvieron conocimiento previo sobre la improsperidad de la solicitud de aplazamiento de la entrevista, ya que a pesar de haber elevado la petición al día siguiente de que conocieron las fechas de entrevistas, solo obtuvieron respuesta hasta el 16 de julio de 2012, cuando ya se encontraban en ejercicio de

la comisión de servicios en la ciudad de México DF. Agregan que las modificaciones en las fechas de las entrevistas no comporta un privilegio o ventaja para los accionantes, toda vez que el 23 de julio de 2012 también estaban programadas otras entrevistas a participantes; entonces, no se alteraba el calendario o cronograma del concurso como se estaba ejecutando.

Por último, alegaron la ineficacia del medio de defensa judicial contencioso-administrativo, en la medida que no presentar la prueba de entrevista, si bien no genera la eliminación del concurso, si les impide puntuar el 10% de la calificación general y quedar sin posibilidad alguna de ser incluidos en la lista de elegibles de los cargos para los cuales concursaron. En consecuencia, se les niega el derecho efectivo de acceder a un mejor empleo mediante la promoción del sistema específico de carrera de la DIAN, máxime cuando esgrimen que el 21 de agosto de 2012 fueron publicados por la Universidad de San Buenaventura los resultados de todas las pruebas aplicadas en el proceso de selección y es inminente la conformación de las listas de elegibles[12].

3.3. Coadyuvancia de la DIAN en la impugnación que presentó la parte actora:

La Subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, coadyuvó el escrito de impugnación que presentaron los actores, arguyendo además que la participación de esa entidad en el curso en México DF era una asunto de importancia para el servicio público y tributario en Colombia.

Señaló que la DIAN fue invitada por el Centro Multilateral de Impuestos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para participar en el seminario sobre implementación de la legislación de precios de transferencia, que se llevó a cabo en México del 16 al 20 de julio de 2012. Precisó que para Colombia es de vital importancia establecer el régimen un régimen de precios de transferencia eficaz, y de allí surgió la necesidad de participar en el seminario y de conocer de primera mano, los problemas de política y administrativos que han enfrentado los países al introducir o ampliar la legislación de precios de transferencia o al buscar su capacidad de auditoria de precios de transferencia.

Al estar dirigido el seminario a funcionarios de la administración tributaria que tienen a su cargo la redacción de la legislación de precios de transferencia y a los administradores o los

auditores fiscales de alto nivel involucrados en la organización administrativa y realización de auditorias de precios de transferencia a las empresas multinacionales, fue que el Director General de la DIAN comisionó y delegó como representantes de Colombia a Luis Adelmo Plaza Guamanga y a Dennys Gutiérrez Gutiérrez, quienes se desempeñan en la Subdirección de Gestión de Fiscalización Internacional y en la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrinal de la Dirección de Gestión Jurídica, respectivamente, y por ende, cumplían con el perfil requerido para la capacitación en precios de transferencia.

Así las cosas, dada la inaplazable asistencia de los actores al seminario en la ciudad de México DF, no pudieron presentar las entrevistas que tenían programas en la Convocatoria No. 128 de 2009, a pesar de que solicitaron en tiempo el debido aplazamiento.

Bajo los anteriores argumentos, la DIAN solicitó revocar el fallo impugnado y, en su lugar, proteger los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y las autoridades, el trabajo en condiciones dignas, el acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa y al debido proceso, que le asisten a los actores. De esta forma, suspender la conformación de la lista de elegibles en los empleos 201148 y 201095, hasta tanto la CNSC programe nuevamente la fecha de prueba de entrevista a los actores dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009.

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, en sentencia del 13 de septiembre de 2012, confirmó la denegatoria de amparo al estimar que la CNSC y la vinculada Universidad de San Buenaventura de Medellín, se ajustaron en su proceder a las previsiones de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1033 de 2006. Indicó que si bien los accionantes elevaron el 11 de julio de 2012 la solicitud de aplazamiento de las fechas para presentar las pruebas de entrevista, informando la imposibilidad de asistir por encontrarse comisionados por la DIAN para asistir a un evento fuera del país, también lo es que la CNSC les informó el día 16 de julio de 2012, que era imposible la reprogramación de las entrevistas, "precisión que fue contundente para generar en los actores la obligación de cumplir el compromiso citatorio, sin que pueda considerarse que se indujo en error por la DIAN, frente a los trámites que gestionaron para lograr que Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez tuvieran la doble oportunidad, no solo de asistir al evento - tipo seminario, sino incluso aspirar a los cargos en carrera".

De esta forma, adujo el ad-quem que si los actores dentro de la oportunidad prevista no utilizaron los instrumentos propicios para viabilizar la protección de sus derechos, es decir, elevaron los recursos frente a la negativa de reprogramación de la entrevista, entonces la tutela se presenta como improcedente, más aún cuando los actores aún cuentan con las acciones contencioso administrativas para cuestionar los actos proferidos en desarrollo de la Convocatoria No. 128 de 2009.

II. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN:

Estando el expediente de tutela en trámite de revisión ante la Corte Constitucional, los accionantes allegaron pruebas de las cuales se desprende que mediante resoluciones No. 3244 y 3266 del 27 de septiembre de 2012, la CNSC conformó las listas de elegibles para proveer los empleos identificados con los códigos 201095 y 201148, respectivamente. Contra dichas resoluciones los actores interpusieron recursos de reposición, los cuales les fueron negados porque la argumentación empleada en torno a la necesidad de reprogramarles la entrevista, no es una causal de revocatoria de los actos administrativos según establece el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, más aún cuando con la conformación de la lista de elegibles quedaron cerradas las diferentes etapas del proceso de selección.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuado el 24 de octubre de 2012.

2. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantean los siguientes problemas jurídicos a resolver: ¿procede la acción de tutela para controvertir un acto administrativo expedido en el marco de un concurso público de méritos para proveer cargos en carrera administrativa en el sector público? ¿desconocen la CNSC y la Universidad de San

Buenaventura - Seccional Medellín, los derechos fundamentales de los accionantes al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, al negar la reprogramación de las fechas de entrevistas dentro de la convocatoria No. 128 de 2009, a pesar de que aquellos solicitaron el aplazamiento en tiempo y adujeron estar en la situación administrativa de comisión de servicios en el exterior por disposición de su actual empleador público?

Para resolver las cuestiones planteadas, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia; (ii) El debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso. Reiteración de jurisprudencia; y, luego analizará (iii) el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto[13]. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[14], el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable[15]; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz

para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar[16]. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales"[17]. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable

que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y protecciónista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

4. El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. De acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine expresamente la ley. El mismo artículo señala que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

4.2. El Constituyente de 1991 al repensar el sistema de carrera administrativa para la provisión de los empleos públicos en Colombia, buscó privilegiar el mérito para contar con servidores públicos cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen mejores índices de resultados, al punto que colaboren con el desarrollo económico del país[18]. Así mismo, al implementar el sistema de mérito, apuntó a garantizar la igualdad de oportunidades entre los participantes para que se cumpla la selección de forma objetiva y, de esta forma, se consoliden la democracia y los principios de la función pública en el marco de un Estado social de derecho.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional[19] ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera.

Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

4.3. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)[20].

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso[21], así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de

éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de esta Corporación al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), señaló que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa[22]; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

4.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

5. El caso en concreto:

5.1. Los accionantes solicitan el amparo constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, los cuales estiman vulnerados por cuanto la CNSC y la vinculada Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín, se negaron a reprogramarles las fechas de la prueba de entrevista dispuesta para la convocatoria No. 128 de 2009, aunque aquellos informaron que les fue concedida una comisión de servicios en el exterior por parte del Director General de la DIAN, con el fin de asistir a un seminario de importancia institucional.

Pues bien, para abordar la situación planteada, la Sala dividirá el estudio del caso en tres partes: (i) un recuento de la convocatoria No. 128 de 2009 que adelanta la CNSC, para proveer cargos de carrera administrativa en la DIAN; (ii) un estudio sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo que negó la reprogramación de las fechas de entrevista a los actores, a pesar de que éstos alegaron su imposibilidad de asistir ante la situación administrativa de comisión de servicios en el exterior, que les fue asignada por el Director General de la DIAN para asistir a un seminario en la ciudad de México DF; y, (iii) el criterio de igualdad de los concursantes en una convocatoria pública de acceso por méritos a cargos de carrera administrativa en la DIAN. A partir de esos tres puntos, evaluará la supuesta vulneración de los derechos fundamentales que alegan los accionantes.

5.2. Recuento de la Convocatoria No. 128 de 2009, como ley del concurso de méritos que adelanta la CNSC para proveer cargos de carrera administrativa en la DIAN:

El artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo contadas excepciones, y que el ingreso a los empleos y el ascenso en los mismos se logra previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes. Así mismo, de conformidad con el artículo 130 de la Constitución Política, corresponde a la CNSC la administración y la vigilancia del sistema de carrera, obligación que se encuentra plenamente reflejada en el literal c) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, el cual establece

dentro de las funciones de la CNSC, elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera.

Concretamente, el sistema específico de carrera administrativa de la DIAN está regulado por el Decreto Ley 765 de 2005 y por el Decreto Reglamentario 3626 de 2005, los cuales constituyen las normas que sistematizan el proceso de selección que debe adelantarse para la provisión definitiva de los empleos de carrera en dicha entidad. El primer decreto en comento, en su artículo 31 establece que los principios que orientan el ingreso a los empleos de carrera administrativa en la DIAN son los instituidos en la Ley 909 de 2004, Ley que a su vez dispone que los procesos de selección deben adelantarse con sujeción a los principios de mérito, libre concurrencia, igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, imparcialidad, entre otros.

Basada en la competencia que le atribuye la ley, la CNSC expidió la resolución No. 1245 de 2009, por medio de la cual adoptó la Convocatoria No. 128 de 2009, con el fin de proveer por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera administrativa de la DIAN. El proceso de selección se compone de las siguientes etapas: convocatoria, reclutamiento, aplicación de las pruebas, conformación de la lista de elegibles y nombramiento en periodo de prueba.

Centrando nuestro análisis en la etapa del concurso denominada “aplicación de pruebas”, de acuerdo con los lineamientos trazados en la convocatoria a título de reglas del concurso, la misma se compone de (i) una prueba de competencias funcionales que es eliminatoria, que tiene un peso porcentual del 50% para cargos del nivel Inspector y que solo superan los que obtengan un puntaje igual o superior a 60 puntos; (ii) una prueba de aptitudes que es clasificatoria y que en el cargo de Inspector representa el 15% del total de la puntuación; (iii) un análisis de antecedentes que es clasificatorio y que corresponde al 25% del total del puntaje, en el cargo de Inspector; y, (iv) una entrevista clasificatoria que únicamente se realiza a quienes se inscribieron para cargos del nivel Inspector y que tiene un peso porcentual de 10% sobre el total de la puntuación.

En dichos lineamientos también se especificó que el lugar y a la hora de aplicación de las pruebas de entrevista, serían dados a conocer oportunamente a través de la página web de la CNSC, al igual que se indicó a los participantes que las reclamaciones que se generen

durante el proceso de selección debían ser presentadas ante la CNSC o ante la entidad que ésta delegue, para ser resueltas en única instancia en los términos y condiciones establecidos en el Decreto Ley 760 de 2005 o en el acto de delegación específico. De esta forma, en la Convocatoria No. 128 de 2009 quedó claro desde el principio, la competencia que tiene la CNSC y la entidad que delegue, para atender directamente los reclamos que se presenten en las diversas etapas del concurso de méritos.

Ahora bien, la CNSC adelantó un proceso de selección abreviada de menor cuantía, en el cual adjudicó a la Universidad de San Buenaventura – Seccional Medellín, el diseño, construcción, ensamble, aplicación, validación, procesamiento y calificación de las pruebas de competencias funcionales y de aptitudes, así como el diseño, aplicación y calificación de las pruebas de entrevista, publicación de los resultados de las pruebas aplicadas y atención de las reclamaciones, dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009. Con ocasión de dicha adjudicación, la CNSC estableció en asocio con aquella Universidad, un cronograma para ejecutar las etapas del concurso[23]. Dicho cronograma fue dado a conocer a los aspirantes en general, y en él se programó que la publicación de las fechas para llevar a cabo las entrevistas se haría 5 semanas después de la fecha de aplicación de las pruebas de competencias funcionales que se realizaron el 29 de abril de 2012, y que las entrevistas como tal se evacuarían 7 semanas después de la fecha de aplicación de aquella prueba. No obstante, en la misma convocatoria siempre se indicó que la aplicación de la prueba de entrevista, así como la publicación de resultados, serían dadas a conocer oportunamente a los participantes a través de las páginas web de la CNSC y de la Universidad de San Buenaventura de Medellín.

Atendiendo a lo anterior, la CNSC informó a los participantes vía correo electrónico y publicó en su página web el día 10 de julio de 2012, las fechas en que se llevarían a cabo las pruebas de entrevista individual para los cargos del nivel de Inspector, a la vez que publicó la guía de orientación de la prueba de entrevista por competencias, en la cual indicó en el apartado 9.1 a título de “recomendaciones especiales para la presentación de la prueba de entrevista”, que “la fecha de presentación de la prueba de entrevista ES ÚNICA a nivel nacional. La llegada tarde a la hora de la presentación de la prueba o la inasistencia, no le permitirá [al concursante] puntuar con el porcentaje que ésta prueba asigna en el concurso”. Así mismo, tal guía sentó la regla respecto a que no se permitiría el cambio de horarios y fechas entre los candidatos.

Pues bien, clarificadas las normas del concurso que rigen la Convocatoria No. 128 de 2009 adelantada por la CNSC, corresponde a la Sala abordar el segundo punto de análisis del caso concreto, referente a la procedencia de la acción de tutela para controvertir en este específico asunto, un acto administrativo que se negó a reprogramar las fechas de las pruebas de entrevistas que debían adelantar los actores, a pesar de que éstos alegaron su imposibilidad de asistir ante la situación administrativa de comisión de servicios en el exterior, que les fue asignada por el Director General de la DIAN para acudir a un seminario en la ciudad de México DF de interés institucional.

5.3. Estudio sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo que negó la reprogramación de las fechas de entrevista a los actores. Especiales circunstancia del caso:

Conforme fue expuesto en la consideración 3 de esta providencia, por regla general la acción de tutela se torna improcedente para cuestionar la legalidad de los actos administrativos dictados durante un proceso selección o concurso de méritos. No obstante, cuando los accionantes demuestran la existencia de un perjuicio irremediable, el juez constitucional pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo censurado, hasta tanto la jurisdicción competente decida de manera definitiva sobre la legalidad del mismo.

En el presente asunto los actores señalan que la decisión del Equipo de Atención y Respuesta a Reclamos de la Universidad de San Buenaventura de Medellín, de fecha 16 de julio de 2012, que resolvió la imposibilidad de aplazar la presentación de las pruebas de entrevistas en fechas distintas a las ya programadas para el 18 y 19 de julio de esa anualidad, vulnera sus derechos fundamentales.

Revisado el tema, la Sala observa (i) que los accionantes no presentaron recurso de reposición o elevaron reclamación directa contra esa decisión ante la CNSC o ante la Universidad contratada como organizadora, a pesar de que las normas del concurso contemplan esa posibilidad, es decir, no pueden alegar a su favor la negligencia en el uso adecuado de los medios de defensa que tenían a su alcance para cuestionar el acto censurado; (ii) que los accionantes no fundamentaron en el escrito tutelar, ni aún en la impugnación, en qué consiste el perjuicio irremediable que habilita excepcionalmente el

amparo constitucional y por qué se justifica la intervención del juez de tutela. Es más, la Sala estima que el asunto no conlleva un perjuicio irremediable en contra de los actores, en la medida que la prueba de entrevista era clasificatoria y no eliminatoria, es decir, la inasistencia a la misma no representaba la exclusión automática del proceso de selección en el cual participaban. Sumado a ello, desde las mismas reglas del concurso se había señalado que la inasistencia a la prueba de entrevista conllevaba la no puntuación en ese ítem, esto es, la imposibilidad de sumar respecto del 10% de la puntuación total por participante. Esa situación pudo ser prevista por los accionantes, quienes fueron enterados de las fechas de realización de las entrevistas el día 10 de julio de 2012 y la comisión de servicios en el exterior para cumplir la capacitación internacional, solo les fue conferida mediante resolución No. 005334 del 13 de julio de 2012, expedida por el Director General de la DIAN. Significa lo anterior que los actores contaron con la posibilidad de no aceptar la comisión, pero a pesar de ellos consintieron en asistir a la misma por un acto de mera voluntad; y, (iii) al no existir un perjuicio irremediable que conjurar con la actividad excepcional del juez de tutela, los actores cuentan con las acciones contenciosas administrativas para cuestionar la legalidad del acto que censuran, habida cuenta que pueden iniciar las acciones de simple nulidad y de nulidad y reestablecimiento del derecho, última en la cual incluso pueden solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que les negó la reprogramación de las fechas de entrevistas.

A lo anterior debe agregarse que, en torno a la comisión de servicios en el exterior, el artículo 22 del Decreto ley 2400 de 1968 establece que dicha comisión “podrá” concederse a los empleados públicos para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores, para seguir estudios de capacitación y para asistir, entre otras, a seminarios que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en el cual presenten sus servicios. A su vez, el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1050 de 1997, indica específicamente que la comisión de servicios en el exterior se puede conceder en aquellos casos que revistan un especial interés para el país, como en efecto aconteció en este caso ya que la DIAN estimó de vital importancia enviar representantes para que asistieran al Seminario de Legislación sobre Precios de Transferencia, por ser un tema en auge y porque Colombia tiene interés en hacer parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo.

De esta forma, observa la Sala que la situación administrativa de comisión de servicios en el exterior implica una aceptación de parte del comisionado y que la declinación a la misma no tiene repercusiones negativas o disciplinarias para el empleado público, máxime cuando éste puede alegar un hecho exógeno objetivo ajeno a su voluntad que le imposibilita asistir. En este caso, tal hecho pudo ser esgrimido por los accionantes ya que fueron enterados de las fechas en que debían asistir a las pruebas de entrevistas en la convocatoria No. 128 de 2009, proceso de selección que es de gran relevancia para obtener una estabilidad laboral en la carrera administrativa de la DIAN.

Es más, el Código Disciplinaria Único no establece sanción alguna por declinar la comisión de servicios en el exterior para capacitación, ya que más que un deber del servidor público, la norma disciplinaria lo contempla como un derecho del empleado a recibir capacitación específica en el área de interés y de desarrollo institucional (artículo 33 de la Ley 734 de 2002). Por consiguiente, la Sala considera que ante una eventual no aceptación de la comisión por parte de los actores, el Director General de la DIAN estaba habilitado para designar en su reemplazo a otros funcionarios de iguales calidades a quienes les podía conferir la comisión de servicios en el exterior.

Con ese norte, cabe afirmar que la acción de tutela en el presente caso se torna improcedente aún como mecanismo transitorio de amparo a derechos fundamentales, habida cuenta que los actores no se encuentran ante una eventual configuración de un perjuicio irremediable y cuentan con otros medios de defensa judicial. Igualmente, la situación administrativa de comisión de servicios en el exterior les daba la oportunidad de declinar la designación, con el fin de acudir con diligencias a la prueba de entrevista cuya reprogramación reclaman en sede constitucional.

5.4. El criterio de igualdad de los concursantes en una convocatoria pública de acceso por méritos a cargos de carrera administrativa en la DIAN:

La convocatoria como norma del concurso de méritos, establece las reglas que han de regir en el proceso de selección y a las cuales deben ceñirse todos los participantes sin excepción. En el presente caso, los accionantes consideran que por su condición de empleados públicos de la DIAN, a quienes se les concedió una comisión de servicios en el exterior en las mismas fechas en que fueron citados para presentar las pruebas de

entrevistas, debe dárseles un tratamiento especial y exceptivo con miras a obtener la reprogramación de tales pruebas de rango clasificatorio dentro de la Convocatoria No. 128 de 2009.

Al respecto, la Sala considera que las normas del concurso que son conocidas con suficiente antelación por todos los participantes, deben ser aplicadas sin distinción alguna y privilegiando el principio de igualdad que según la Ley 909 de 2004, debe regir los diferentes procesos de selección y de ingreso a los empleos de carrera administrativa, como es el caso de la convocatoria para proveer cargos de carrera administrativa en la DIAN. Y es que, no es posible avalar una diferenciación en la aplicación de las normas del concurso por el sólo hecho de tener la condición de servidor público de una entidad estatal, pues con ello se genera un trato diferenciado que pone en plano de desigualdad injustificada a los demás participantes del concurso de méritos que no detentan dicha condición.

Ahora bien, llama la atención de la Sala el que los accionantes a pesar de la negativa oficial de reprogramar las citas de entrevistas que les habían sido fijadas para los días 18 y 19 de julio de 2012, hicieron valer su posición privilegiada como empleados activos de la DIAN, para lograr que altos funcionarios del gobierno abogaran por sus causas ante la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y ante el Presidente de la CNSC, lo cual desde todo punto de vista éticamente, desconoce las pautas y los canales que desde el principio fueron trazados en la Convocatoria No. 128 de 2009, en cuanto al conducto oficial para presentar reclamaciones y quejas relacionados con el concurso, así como olvidan los principios de imparcialidad y transparencia que incluso los participantes deben acatar en un proceso de selección.

De esta forma, la Sala estima que contrario a lo que afirman los accionantes, en este caso no es posible aplicar el principio de confianza legítima y mucho menos dar por cierto que existió un error invencible que los llevó a pensar que la entrevista les había sido reprogramada para el 23 de julio de 2012, habida consideración que el supuesto aplazamiento medio informalmente a través de correos electrónicos y por una persona que carece de la competencia organizacional sobre el concurso de méritos convocado para la DIAN.

Adicionalmente, frente al derecho a la igualdad invocado por los accionantes, la Sala

considera pertinente pronunciarse respecto de dos sentencias de tutela que los accionantes allegaron durante el trámite de revisión y que estiman constituyen un precedente relevante para el presente asunto.

En la primera de ellas, de fecha 23 de agosto de 2012 y proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se confirmó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso que le asistían a un ciudadano participante en la convocatoria No. 131 de 2011 que organizan la CNSC y la ESAP, a través de la cual se llamó a concurso de ascenso para proveer empleos pertenecientes al régimen de carrera penitenciaria y carcelaria del INPEC. La situación fáctica se concreta en que el accionante fue citado el 1º de abril de 2012 a la ciudad de Cali, para presentar la prueba psicofísica consistente en la evaluación de personalidad en el concurso de méritos; a pesar de su desplazamiento de Popayán a la ciudad en donde debía cumplir la prueba, el 30 de marzo de 2012 se le desató un cuadro de fiebre y diarrea que, previa revisión médica, terminó generándole incapacidad de tres días, lo cual le imposibilitó asistir a la prueba referida. Aunque solicitó la reprogramación de la fecha y hora de la evaluación de personalidad, la CNSC y la ESAP se la negaron porque no aportó la incapacidad expedida o transcrita por la EPS. En vista de lo anterior, presentó acción de tutela solicitando la reprogramación de la prueba de personalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito que le habían impedido asistir en el día señalado. En los fallos de instancia constitucional, los jueces ordenaron a los accionados disponer lo necesario para la realización de la citada prueba al actor, al considerar que su estado de salud en verdad constituía un caso fortuito que le impidió asistir en la fecha programada.

La segunda sentencia refiere a un ciudadano que se inscribió para optar por el empleo 201148 que fue ofertado en la Convocatoria 128 de 2009 de la DIAN, que organiza la CNSC y la Universidad de San Buenaventura de Medellín -corresponde al mismo cargo para el cual aplicó el accionante Luis Adelmo Plaza-, y que una vez pasó las etapas previas, fue llamado a presentar entrevista en la ciudad de Cali el 19 de julio de 2012, a las 8:00 am. Debido a quebrantos de salud, ingresó al servicio de urgencias el 18 de julio de 2012, donde le fue diagnosticada gastroenteritis y síndrome de intestino irritable, por lo cual le fue dada una incapacidad médica por tres días y no pudo asistir a la prueba de entrevista. El accionante elevó escrito a la CNSC solicitando la reprogramación de la prueba de entrevista, pero no obtuvo respuesta alguna; por el contrario, a los pocos días publicaron los resultados

del análisis de antecedentes y de la entrevista, ítem último en el cual se le asignó una puntuación de 0.0 por inasistencia, y después fue dada a conocer la lista de elegibles en la cual el nombre del actor no aparece. Con sustento en lo anterior, presentó acción de tutela solicitando la reprogramación de la prueba de entrevista para permitirle puntuar, petición a la cual accedió el Tribunal Administrativo del Cauca mediante sentencia del 22 de octubre de 2012, porque halló quebrantados los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso que le asistían al actor.

Pues bien, efectuado el anterior recuento fáctico de los casos, la Sala estima que las dos sentencias no constituyen un precedente relevante que amerite el amparo del derecho a la

igualdad en el asunto bajo examen, toda vez que en esos casos específicos la reprogramación de las citas para cumplir las pruebas de entrevistas, obedeció a la imposibilidad de los actores de acudir a las mismas ante un quebranto de salud serio que les generó incapacidad médica debidamente certificada. Nótese que medió una causal objetiva ajena a la voluntad de los participantes, punto que diferencia sensiblemente la situación de los actuales accionantes Luis Adelmo y Dennys, quienes por un mero acto de voluntad aceptaron la comisión que les fue conferida para asistir a la capacitación en la ciudad de México DF. Así, aquellos casos no constituyen un parámetro real para juzgar una posible afectación del derecho fundamental a la igualdad.

5.5. Para finalizar el estudio del caso concreto, la Sala observa que el derecho al trabajo de los actores no se encuentra vulnerado, en la medida que actualmente laboran como empleados públicos de la DIAN y que sus nombres fueron incluidos en las listas de elegibles de los cargos para los cuales aspiraron dentro de la convocatoria No. 128 de 2009.

5.6. En síntesis, a título de conclusión, en el presente caso la acción de tutela se torna improcedente porque los accionantes cuentan con otros medios de defensa judicial para cuestionar la legalidad del acto administrativo que les negó a reprogramación de la prueba de entrevista dentro de la convocatoria No. 128 de 2009, cual es, acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa donde pueden solicitar la suspensión provisional del acto censurado. Ahora, si la solicitud de amparo fuese estudiada como un mecanismo transitorio en procura de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, la misma también se torna improcedente porque los accionantes no lograron acreditar en qué consiste tal

perjuicio, más aún cuando el ejercicio y cumplimiento de la comisión de servicios que les fue conferida para asistir a una capacitación de México, corresponde en su aceptación a un ejercer de libre voluntad y no a una causal objetiva.

Sumado a ello, desde las mismas reglas de concurso se había establecido que la fecha para presentar la prueba de entrevista era única y que la inasistencia a la misma generaba la no puntuación en este ítem clasificatorio. Por consiguiente, no existió menoscabo a los derechos fundamentales invocados por los actores.

5.7. En virtud de lo expuesto, la Corte confirmará las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez contra la CNSC y la vinculada Universidad de San Buenaventura de Medellín, las cuales negaron el amparo por improcedente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2012, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual a su vez confirmó el fallo de fecha 10 de agosto de 2012, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la vinculada Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín.

Segundo: Por Secretaría General librense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Auto 081/13

Referencia: expediente T-3660821

Acción de tutela instaurada por Luis Adelmo Plaza Guamanga y otra contra la Comisión Nacional de Servicio Civil “CNSC”.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO

1. Que en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia T-090 de 2013 se incurrió en un error de transcripción, ya que se confirmó la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2012, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

indicando que a su vez ésta confirmó el fallo de fecha 10 de agosto de 2012, "dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia", cuando lo correcto es que la sentencia de primera instancia constitucional fue proferida el 10 de agosto de 2012 pero por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal.

2. Que en anteriores ocasiones, esta Corporación ha señalado que cuando en una sentencia se producen errores de transcripción, es aplicable el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil,[24] norma en la que se establece que estos pueden ser corregidos en cualquier tiempo.[25]

En mérito de lo expuesto la Sala Novena de Revisión

RESUELVE

Primero.- CORREGIR el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia T-090 de 2013, y en consecuencia donde dice: "Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2012, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual a su vez confirmó el fallo de fecha 10 de agosto de 2012, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la vinculada Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín", deberá leerse: "Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2012, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual a su vez confirmó el fallo de fecha 10 de agosto de 2012, dictado por Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal, que negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Luis Adelmo Plaza Guamanga y Dennys Gutiérrez Gutiérrez contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la vinculada Universidad de San Buenaventura - Seccional Medellín". (Los apartes subrayados corresponden a la parte objeto de corrección).

Segundo.- ORDENAR a la Relatoría de esta Corporación que adjunte copia del presente auto a la Sentencia T-090 de 2013, con el fin de que sea publicado junto con esta en la Gaceta de la Corte Constitucional correspondiente.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que envíe el presente auto a la autoridad judicial de origen donde reposa el expediente de la referencia, para

que haga parte integral de éste.

Cuarto.- Ordenar al Tribunal de origen que notifique el presente auto de corrección a las partes interesadas en el asunto de la referencia.

Notifíquese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[2] Cfr. folios 11 y 12 del cuaderno 1.

[3] A folios 13 a 15 del cuaderno principal, se observa copia del oficio suscrito el 26 de junio de 2012 por el Director General de la DIAN y dirigido al Ministro de Hacienda y Crédito Público, en el cual informa el nombre de los tres funcionarios a quienes se les debe conferir comisión en el exterior y permiso para aceptar la financiación de las mismas. Entre los nombres figuran relacionados los actores.

[4] A folios 18 a 20 del cuaderno 1, se observa copia del formato de autorizaciones de comisiones de servicios en el exterior, suscrito el 10 de julio de 2012 por el Director General de la DIAN. En dicho formato se indica que los actores deben asistir desde el 16 al 20 de julio de 2012, al Seminario sobre Precios de Transferencia denominado “Implementación de la legislación de Precios de Transferencia”. Así mismo, se da una justificación de la asistencia y de la amortización de viáticos para el viaje.

[5] A folios 23 y 24 del cuaderno 1, se observa la impresión de los correos electrónicos en comento.

[6] Cfr. folio 25 del cuaderno principal.

[7] Cfr. folio 29 cuaderno 1.

[8] A folios 31 a 35 del cuaderno 1, se observa que el 16 de julio de 2012, el Equipo de Atención y Respuestas a Reclamaciones de la Universidad de San Buenaventura de Medellín, explicó a los actores que en acatamiento del principio de igualdad para todos los concursantes, no era viable reprogramar la fecha de la entrevista por fuera de los términos y los plazos fijados en el proceso. En dicha comunicación les aclaran que “si usted no presenta la prueba de entrevista no queda eliminado del proceso, pues esta tiene un puntaje de 10% dentro del gran total”.

[9] Cfr. folio 36 del cuaderno 1.

[10] Cfr. folios 38 y 42 del cuaderno principal.

[11] A folios 45 a 48 del cuaderno principal, se observa copia de la resolución No. 4479 del 21 de noviembre de 2011, en la cual se establece la ejecución del cronograma de la convocatoria No. 128 de 2009.

[12] A folios 195 y 196 del cuaderno principal, se observa el resultado de las pruebas aplicadas en el proceso de selección de la DIAN. El señor Luis Adelmo Plaza Guamanga obtuvo 71.25 puntos en la prueba funcional, 60.32 en la prueba de aptitudes, 43.91 en el análisis de antecedentes y 0.00 en la prueba de entrevista porque no asistió. Por su parte, Dennys Gutiérrez Gutiérrez obtuvo 74.25 puntos en la prueba funcional, 39.68 en la prueba de aptitudes, 85.79 en el análisis de antecedentes y 0.00 en la prueba de entrevista porque no asistió.

[13] Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[14] Esta subregla de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el

artículo 86 de la Constitución Política.

[15] En sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable:

“ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una

persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”.

[16] Sentencias T-175 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-606 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-169 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa).

[17] Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

[18] Sobre el punto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), señaló que “(...) el Constituyente de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador. // Ligado a ello, la Carta Política introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado “botín burocrático” entre los distintos partidos y movimientos políticos en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo en cuenta los retos que debe asumir el Estado de cara a la globalización económica. // A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas. // De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes”.

[19] Al respecto se pueden consultar las sentencias C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[20] En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que “el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.

[21] De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), reiterada en la sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), las etapas que en general deben surtirse para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: “(i) La convocatoria: Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) elaboración de lista de elegibles: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. (Negrillas del texto original).

[22] Frente a las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, “por el cual se dictan

algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000", manifestó que "la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; (...)".

[23] Se encuentra contenido en la resolución No. 1304 del 8 de abril de 2010, modificada por las resoluciones No. 4479 del 21 de noviembre de 2011 y No. 0493 del 15 de marzo de 2012.

[24] Código de Procedimiento Civil, artículo 310. "Toda providencia en la que se haya incurrido en un error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.// Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1. Y 2. del artículo 320. // Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella."

[25] Al respecto, se pueden revisar los siguientes autos: Auto 054 de 2001 (MP. Alejandro Martínez Caballero), Auto 316 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), Auto 085 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), Auto 250 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), Auto 060 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), Auto 084 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), Auto 0125 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), Auto 137A de 2012 (MP. Mauricio González Cuervo) y Auto 039 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa).