

Sentencia T-262/10

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Circunstancias especiales de procedencia de esta cuando se llegue a la convicción de la existencia un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL-Improcedencia por incumplir requisito de oportunidad para evitar un perjuicio irremediable

Referencia: expediente T- 2318952

Acción de tutela instaurada por Mario Ernesto Velasco Mosquera en contra del Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos dictados por el Tribunal Administrativo del Cauca y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. Mario Ernesto Velasco Mosquera, el 28 de agosto de 2008, interpuso acción de tutela en contra del Consejo Superior de la Carrera Notarial por considerar que vulneró sus derechos

fundamentales a la igualdad y al debido proceso con fundamento en los siguientes hechos:

1.1. El artículo 131 de la Constitución Política establece que el nombramiento de notarios en propiedad se hará mediante concurso.

1.2. En desarrollo del artículo 131 Superior fue promulgada la Ley 588 de 2000 y, a partir de ésta, el decreto 3454 de 2006, disposiciones que en concordancia con el Decreto 960 de 1970, regularían el ejercicio de la actividad notarial y fijarían las reglas y requisitos de los concursos públicos y abiertos de méritos para el nombramiento de notarios en propiedad. De conformidad con esta normatividad, la sumatoria de los puntajes obtenidos con ocasión del análisis de méritos y antecedentes, la prueba de conocimientos y la entrevista, sería la que determinaría el puntaje final para acceder a las listas de elegibles en desarrollo del concurso de notarios.

1.3. En esos términos, la experiencia tendría un valor de hasta treinta y cinco 35 puntos, discriminados así: Cinco (5) puntos por cada año o fracción superior a seis (6) meses por el desempeño del cargo de notario o cónsul; dos (2) puntos por cada año o fracción superior a seis (6) meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de ejercicio de la profesión de abogado; un (1) punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria; un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses en el ejercicio de funciones notariales o registrales. Especialización o postgrados diez (10) puntos y autoría de obras en el área de derecho cinco (5) puntos.

1.4. En noviembre de 2006, se profirió el Acuerdo 1 de 2006, por el cual el Consejo Superior de la Carrera Notarial realizó las convocatorias para el concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial. El actor participó en el concurso para una de las tres notarias disponibles para el Círculo de Popayán. En la fase de análisis de méritos y antecedentes obtuvo una calificación total de 39 puntos.

1.5. Sostiene el actor, que la calificación recibida por éste concepto no tuvo en cuenta que, en lo referente a experiencia, se debió otorgar igual tratamiento tanto a notarios como a registradores, en razón a que a ambos los cubre el mismo régimen legal. En consecuencia, por el desempeño como registrador principal de instrumentos públicos de Popayán se le debieron otorgar cinco (5) puntos por año o fracción superior a seis meses. Adicionalmente,

afirma que a la hora de calificar su experiencia no se tuvo en cuenta lo acreditado por docencia universitaria.

1.6. Señala el actor que esta situación vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, ya que cumplió con todos los presupuestos necesarios para ser calificado en igualdad de condiciones que los demás participantes y, al debido proceso, al no realizarse en debida forma la calificación a la cual tenía derecho. Sostiene que esta situación le genera un perjuicio irremediable, al privarlo de la posibilidad de acceder a un cargo para el cual cumplió con todos los requisitos.

Intervención de la entidad demandada.

2. La señora María Teresa Salamanca Acosta, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Superintendencia de Notariado y Registro -Secretaría Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial-, dio respuesta a la tutela en los siguientes términos:

2.1. Debido al carácter subsidiario que se predica de la acción de tutela, no puede el actor argumentar que a través de este mecanismo excepcional se le garanticen sus derechos fundamentales, cuando a lo largo del concurso le fue garantizado su derecho de contradicción y de defensa, sin que este hiciera uso de los instrumentos a su alcance.

2.2. Señaló la Superintendencia que la Ley 588 de 2000, por la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, así como el Decreto 3454 de 2006 reglamentario de la Ley 588 y el Acuerdo 01 de 2006, determinaron claramente los requisitos generales y específicos que serían valorados en desarrollo del concurso, en especial, lo relacionado con la inscripción, la documentación exigida para acreditar los requisitos exigidos y la forma como estos serían calificados.

2.3. Este conjunto normativo estableció los aspectos que serían valorados para la calificación de méritos y antecedentes y los puntajes que serían asignados. Al respecto, las disposiciones en cita señalaron claramente que se otorgarían cinco (5) puntos por año o fracción superior a seis (6) meses a quien certificara que ocupó el cargo de notario o cónsul, de manera que dicho puntaje no fue previsto para el ejercicio de un cargo diferente de los señalados expresamente por la norma; por lo tanto, es claro que la experiencia como Registrador de Instrumentos Públicos NO fue calificada por la ley con dicho puntaje. De esta forma, el actor

no puede pretender que se le otorgue el mismo puntaje que se reconoce a quien ejerció el cargo de notario y/o cónsul, pues de hacerlo, se desconocerían las reglas del concurso, lo cual equivaldría a una modificación de estas en desmedro de los derechos de los demás concursantes.

2.4. Afirmó la Superintendencia que el Decreto 2502 de 1998, por medio del cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva, ubicó a los Registradores Públicos en el nivel ejecutivo. No obstante, esta clasificación fue modificada posteriormente por el Decreto 2489 de 2006, que los ubicó en el nivel profesional.

2.5. Sostuvo que de conformidad con las certificaciones allegadas por el actor, el análisis de méritos y experiencia del señor Velasco Mosquera se realizó de la siguiente manera:

* Por el cargo de Jefe de la División Jurídica de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Popayán catalogado como "Nivel Ejecutivo", el cual ejerció del 20 de agosto de 1993 al 18 de agosto de 1997, esto es 3 años 11 meses, se le otorgaron 8 puntos.

* Por el cargo de Profesional Especializado de la División Jurídica de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, que ejerció del 19 de agosto de 1997 al 18 de abril de 1998 y del 19 de junio de 1998 al 11 de diciembre de 2003, esto es 6 años 3 meses y 22 días, se le otorgaron 6 puntos.

* Por el cargo de Registrador Principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán catalogado como del Nivel Ejecutivo, el cual ejerció del 12 de diciembre de 2003 al 7 de febrero de 2007, esto es 3 años 1 mes y 25 días, se le otorgaron 6 puntos.

* Por el ejercicio de la profesión por 9 años se le otorgaron 9 puntos.

* Por acreditar el posgrado se le otorgaron 10 puntos

Estos puntajes sumados dieron un total de 39 puntos (8 + 6 + 6 + 9 + 10 = 39).

2.6. Indicó la representante de la Superintendencia que las bases del concurso eran claras y, por lo mismo no es posible admitir interpretaciones diferentes, por lo cual desde el 15 de noviembre, fecha en la cual se convocó al concurso, todos los participantes conocieron las bases establecidas por el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

2.7. El proceso adelantado frente al accionante siempre estuvo cobijado por las garantías al debido proceso. Todos los admitidos al concurso tuvieron la posibilidad legal de controvertir los actos proferidos durante las diferentes etapas del concurso. En el caso particular, el actor tuvo la oportunidad de interponer los recursos consagrados en el artículo 13 del Acuerdo 01 de 2006, contra el Acuerdo 07 del 17 de mayo de 2008, por medio del cual se dieron a conocer los resultados de ésta etapa del concurso, recursos que no fueron usados por el actor.

2.8. Frente a la supuesta violación al derecho a la igualdad, afirmó la representante de la Superintendencia, que lo que pretende el actor, es ser calificado sin tener en cuenta lo establecido en las normas del concurso, aspecto que implicaría darle un trato preferencial, no igualitario, situación que iría en contravía de los presupuestos de igualdad que rigen el concurso.

2.9. Finalmente, manifestó que en el presente caso no se cumplió con el requisito de la inmediatez, pues no encuentra razón válida que justifique el hecho de que la acción de tutela se haya interpuesto transcurrido más de 1 año desde el momento en que concluyó la etapa de análisis de méritos y antecedentes.

Sentencia de primera instancia.

3. Mediante sentencia del 12 de septiembre de 2008, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, concedió el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenó al Consejo Superior de la Carrera Notarial realizar nuevamente la calificación de méritos y experiencia del actor, teniendo en cuenta que todos los cargos ocupados por éste, en su concepto, correspondían al

nivel asesor en las funciones de registro de instrumentos públicos.

Consideró el a quo que si bien es cierto que el actor contaba con otros medios de defensa judicial también era cierto que el “angustioso término que impone el curso del concurso para la nominación de notarios determinan que dicho medio judicial ordinario no resulta idóneo para el propósito de garantizar sus derechos fundamentales, circunstancia que valida el ejercicio de la acción de tutela en este caso. Esto significa que una vez establecido que el medio ordinario de defensa con el que cuenta el accionante (acción de nulidad y restablecimiento del derecho) no resulta idóneo para el propósito de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso administrativo, ha de concluirse que la acción constitucional ejercitada sí es procedente.”

Estimó que el Consejo Superior al realizar la calificación no tuvo en cuenta lo establecido en el numeral 5 del artículo 12 del Acuerdo 01 de 2006, según el cual se otorgarán dos (2) puntos por cada año o fracción superior a 6 meses en el ejercicio de cargos del nivel directivo o ejecutivo. Para el a quo al no calificarse la experiencia acreditada como asesor en la función registral, que fue el cargo que realmente ejerció el actor durante 10 años, se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la igualdad.

En consecuencia, ordenó al Consejo Superior de la Carrera Notarial realizar la revisión de la calificación conforme con lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 01 de 2007, teniendo en cuenta que el cargo ocupado fue el de Asesor Registral.

Impugnación del fallo.

4. El Consejo Superior de la Carrera Notarial impugnó el fallo del Tribunal Administrativo del Cauca. Argumentó, que no se vulneró el derecho al debido proceso pues el actor tuvo la oportunidad de interponer a tiempo el recurso de reposición contra la calificación obtenida, la cual se ajustó al ordenamiento jurídico aplicable.

La normativa que rige el concurso estableció diferencias entre los cargos del nivel asesor, directivo y ejecutivo, con los cargos de quienes ejercían funciones notariales o registrales, de forma tal que quienes recibieron puntaje por funciones notariales y registrales fueron aquellos funcionarios que certificaron que trabajaron o se encontraban trabajando en las notarias u oficinas de registro, diferentes a los notarios y a directivos, asesores y ejecutivos.

Sostiene que en las oficinas de Registro e Instrumentos Públicos existen dos cargos de nivel ejecutivo – el registrador y el de jefe de división jurídica-, los demás cargos están catalogados como profesionales especializados o profesionales universitarios, por lo que el Tribunal al no hacer un análisis de los diferentes cargos, creó un nivel no reconocido por la ley.

En esos términos el a quo mal interpretó las normas del concurso al establecer que el actor ejerció en el nivel asesor el cargo de Asesor en Funciones Regístrales por 10 años, cuando dicho nivel no se otorgó al cargo.

Finaliza su intervención afirmando que el debido proceso dentro de un concurso público está determinado por las reglas de procedimiento del concurso las cuales son fijadas por la autoridad administrativa competente de manera previa y pública para todos los interesados, situación ésta que protege el derecho a la igualdad de todos los participantes, de forma tal que cualquier modificación parcializada a dichas reglas se constituye en una verdadera violación al debido proceso y al principio de igualdad.

Intervención de un tercero interesado.

5. La señora María del Rosario Cuellar de Ibarra a través de apoderado, en su calidad de Notaria 2ª del Círculo de Popayán intervino como coadyuvante de la parte demandada. Solicitó la revocación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Sostuvo que posee legitimación para intervenir, puesto que la decisión final que se tome dentro de este proceso incidirá directamente en sus derechos laborales y al debido proceso, ya que ocupó el 3er lugar en la lista de elegibles para el Círculo de Popayán, en el que sólo operan tres (3) despachos notariales, por tanto considera que tiene el derecho adquirido a ser nombrada en propiedad como Notaria del Círculo de Popayán.

Afirmó que su situación resultó alterada debido a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, que al ordenar volver a calificar al señor Velasco Mosquera modificó la lista de elegibles, con lo cual se desconoció su derecho adquirido.

Solicitó declarar la nulidad del proceso de tutela, toda vez que la sentencia de primera instancia no le es oponible, en la medida en que no participó en el proceso, pese a tener la calidad de tercero interesado, de manera que no pudo ejercer su defensa técnica. Al tener el

derecho adquirido a ser nombrada como notaria, era forzosa su citación al comienzo del trámite, de manera que el juez de instancia, al no hacerlo, vició el proceso de nulidad in procedendo.

Sentencia de segunda instancia.

6. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 16 de diciembre de 2008, declaró la nulidad de todo lo actuado al considerar que no se había integrado debidamente el contradictorio, pues no se notificó del proceso a la señora Cuellar de Ibarra. En consecuencia, ordenó devolver el expediente al Tribunal Administrativo del Cauca para subsanar el yerro.

De los fallos de tutela objeto de revisión.

7. El Tribunal Administrativo del Cauca, luego de subsanar el vicio y notificar en debida forma a la señora María del Rosario Cuellar de Ibarra, por medio de providencia del 16 de febrero de 2009, declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que carecía de los requisitos de subsidiaridad e inmediatez. En efecto, consideró que:

“De conformidad con lo expresado por H. Consejo de Estado en sentencias de tutela referidas al tema del concurso notarial, se tiene que el acto que conforma la lista de elegibles, es un acto administrativo controvertible a través de la acción contenciosa administrativa pertinente, pudiendo ser susceptible de suspensión provisional, en el evento de que se de el motivo para acceder a tal figura.

(...) El carácter residual y subsidiario de la acción de tutela lleva consigo que resulte improcedente la acción cuando quiera que exista otro medio judicial de defensa o control y en este caso tal instrumento no es otro que el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que el juez de la administración, tenga oportunidad de revisar los argumentos que apuntan a señalar la posible nulidad de los actos administrativos demandados, según plantea la demanda.

Con este panorama es claro entonces que por regla general la tutela no es el mecanismo para esta clase de reclamaciones contra actos y actuaciones administrativas, excepto que concurra la existencia de un perjuicio irremediable...”

8. Esta decisión fue impugnada por el actor, y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 20 de mayo de 2009, confirmó la decisión del a quo. Al respecto, estimó que:

“Se advierte que en el sub exámine la solicitud de tutela es improcedente dada la naturaleza subsidiaria de la acción, por cuanto el actor contaba con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir la legalidad del acto por el cual el Consejo Superior de la Carrera Notarial configuró la lista de elegibles para el Círculo Notarial de Popayán (Acuerdo 167 de 2008); y, para controvertir el Acuerdo 07 de 17 de mayo de 2007 que le asignó la calificación a la prueba de análisis de méritos y antecedentes, tuvo a su disposición el recurso de reposición, del cual no hizo uso (Acuerdo 01 de 2006)

(...) De otra parte, como el Acuerdo 167 de 24 de septiembre de 2008 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, que contiene la lista de elegibles para el Círculo Notarial de Popayán, es un acto de carácter definido que, como se dijo, es susceptible del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad [C. C. A., artículo 136 numeral 2°], se reitera la advertida improcedencia de la acción de tutela, pues, ésta no tiene vocación de prosperidad cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual, en la controversia sub júdice no está acreditado sumariamente.

En efecto, el actor no demostró que los acuerdos acusados le hayan causado un daño a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho, ni que aquéllos le hayan producido un perjuicio irreversible, el cual tiene como requisitos esenciales para que intervenga el juez de tutela la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad.

Aunado a lo anterior, conforme al artículo 152 del CCA, el actor también pudo solicitar la suspensión provisional de los actos acusados, mecanismo que era idóneo para la protección de sus derechos, en el evento que existiera una contradicción manifiesta entre aquéllos y las normas superiores y que demostrara de forma sumaria el perjuicio que se le causó; con lo cual se pone de presente que la acción de tutela no es el remedio para la incuria del actor en la defensa de sus intereses, ni para revivir términos y oportunidades que por su omisión se

vencieron.

Por último, se precisa que la participación en un concurso de méritos no genera para el aspirante un derecho adquirido sino una mera expectativa que sólo puede concretarse al finalizar aquél, por lo que en el sub lite no se evidencia la vulneración del derecho a la igualdad que reclama el actor”

Pruebas decretadas en el trámite de revisión.

9. En sede de revisión, a efectos de obtener la información necesaria para decidir el presente asunto, mediante auto del trece (13) de octubre de dos mil nueve (2009), el magistrado sustanciador ordenó oficiar a la Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, con el objeto de que informara:

9.1. El puntaje total obtenido por el señor Mario Ernesto Velasco Mosquera en el módulo de meritos y antecedentes.

9.2. La conformación actual de la lista de elegibles para el Nodo Cali, especificando la conformación específica para el Círculo de Popayán.

9.3. De las notarías existentes en el Círculo de Popayán, cuáles son sus titulares y la calidad en que la ejercen, es decir, si son en propiedad o interinos.

10. Mediante escrito recibido por este despacho el veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009), el Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Secretaria, en respuesta al auto de pruebas, manifestó:

10.1 “El puntaje en la etapa de méritos y antecedentes actual del señor MARIO ERNESTO VELASCO MOSQUERA es 39 puntos. Tal y como se demuestra con la copia de la certificación de 3 de septiembre de 2009 en tal sentido expedida por el operador logístico del concurso, Universidad de Pamplona”.

10.2. “La lista de elegibles para el Nodo Cali, se conformó por el Consejo Superior mediante Acuerdo 167 de 24 de septiembre de 2009, del cual anexó fotocopia

En cuanto al círculo de Popayán, como se observa a páginas 4 y 5 del mismo, la lista de elegibles se conformó de la siguiente manera:"

Departamento

Nombre Aspirante

Puntaje Total

Cauca

Popayán

ANA ELVIRA GUZMAN DE VARONA

80,9166667

Cauca

Popayán

MARIO OSWALDO ROSERO MERA

76,4

Cauca

Popayán

MARIA DEL ROSARIO CUELLAR DE IBARRA

75

Cauca

Popayán

MARIO ERNESTO VELASCO

72,7

Cauca

Popayán

HUGO ALDEMAR LOPEZ MUÑOZ

66,3166667

Cauca

Popayán

ARTURO NAÑEZ COLLAZOS

61,2166667

Cauca

Popayán

FULVIA ESTHER GOMEZ LOPEZ

60,8666667

10.3. "En el círculo notarial de Popayán solo existen tres (3) notarías, en cuyos despachos fueron designados los aspirantes que ocuparon los tres (3) primeros lugares en la correspondiente lista de elegibles, así:"

Despacho Notarial

Nombre Notario

Acto de Nombramiento

NOTARIA

1

PROPIEDAD

ANA ELVIRA GUZMAN DE VARONA

DECRETO 905

16/03/09

NOTARIA

2

PROPIEDAD

MARIO OSWALDO ROSERO MERA

DECRETO 869

16/03/09

NOTARIA

3

PROPIEDAD

MARIA DEL ROSARIO CUELLAR DE IBARRA

DECRETO 1256

15/04/09

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

11. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia

dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Así como por la escogencia del caso, que hizo la Sala de Selección Número siete (7) del veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009).

Problema Jurídico.

12. En el presente asunto debe esta Sala de Revisión establecer sí el Consejo Superior de la Carrera Notarial, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso del señor Mosquera Velasco, al asignar su calificación para el módulo de méritos y antecedentes, pues según lo expuesto por el actor, no tuvo en cuenta que en lo que respecta a la experiencia, debía otorgarse igual calificación a notarios y a registradores en atención a que a ambos los cobija el mismo régimen legal.

13. Para resolver el problema planteado, esta Sala recordará lo establecido recientemente por la Sala Plena de esta Corporación mediante la Sentencia SU-913 de 2009, que al pronunciarse sobre las reglas específicas del concurso de notarios convocado por el Acuerdo 01 de 2006, señaló la obligatoriedad de las reglas fijadas para el concurso abierto y público de notarios con efectos inter comunis¹, aspecto que conduce que los argumentos esgrimidos en ella sean aplicables al caso concreto.

Las reglas específicas del concurso abierto y público de notarios.

14. En la referida sentencia SU-913 de 2009, luego de citar expresamente las reglas del concurso abierto y público de notarios contenidas en la Ley 588 de 2000, el Decreto 3454 de 2006 y el Acuerdo 1 de 2006, la Sala Plena concluyó lo siguiente:

* El proceso dirigido a la selección de notarios comportaba las siguientes etapas claramente diferenciadas: 1. Convocatoria; 2. Inscripción y presentación de documentos. 3. Análisis de méritos y antecedentes; 4. Prueba de conocimientos 5. Entrevista y 6. Conformación y publicación de listas de elegibles.

* Al finalizar cada etapa se asignó el puntaje correspondiente mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición. De manera que si no se hizo uso de tal recurso, el

puntaje asignado para cada fase quedó en firme y adquirió fuerza ejecutoria.

* La lista de elegibles debía ser integrada, en estricto orden descendente, por quienes obtuvieron los mejores puntajes. Sólo podían acceder a las listas de elegibles los puntajes superiores a 60 puntos.

* Una vez conformadas las listas de elegibles el Consejo Superior de la Carrera Notarial debía proceder a informar, dentro de los treinta (30) días siguientes a su conformación, a las autoridades nominadoras para el respectivo nombramiento en propiedad.

* Deben ser nombrados como notarios en propiedad aquellos participantes que en consideración al número de notarías por proveer obtuvieron los mejores puntajes en orden descendente, sin que sea posible descartar a alguno de ellos con el argumento de que las notarías señaladas como de preferencia en el formulario de inscripción ya fueron asignadas, pues en tal caso, deberá asignarse otra notaría que se encuentre disponible dentro del mismo círculo notarial, de manera que ninguno de los mejores puntajes quede por fuera de los cargos por proveer.

* Lo expuesto confirma que al encontrarse en los mejores puntajes de la lista de elegibles respecto del número de notarías por proveer tenían una situación jurídica consolidada respecto de la lista y un derecho adquirido respecto del nombramiento.

* En cualquier etapa del concurso era factible que el Consejo Superior de la Carrera Notarial suspendiera del concurso a algún participante cuando tuviese noticia seria, objetiva y confiable de la comisión de una conducta fraudulenta que tuviese relación con la participación en el concurso -previo requerimiento a la persona comprometida-, caso en el cual el excluido o suspendido tenía la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de reposición.

* También era posible excluir a un concursante por una comprobada causal de inhabilidad, sin necesidad de sentencia judicial, tal como lo planteó la sentencia C-373 de 2002. Sin embargo, esa facultad se limita a las etapas del concurso, de manera que una vez en firme las listas de elegibles el Consejo pierde facultad para declararla en sede Administrativa.

* Conformadas las listas de elegibles estas son inmodificables, salvo en caso de errores

aritméticos en la sumatoria de los puntajes, situación frente a la cual, los participantes tienen el derecho a interponer recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes.”(Subrayado fuera del texto).

15. De conformidad con lo anterior, es claro que cualquier participante del concurso que no estuviera de acuerdo con la calificación obtenida durante las diferentes etapas calificables del concurso, es decir, las etapas de análisis de méritos y antecedentes, la prueba de conocimiento y la entrevista, podía, tan pronto conocía la respectiva calificación, interponer el recurso de reposición previsto en la normatividad del concurso, además de que una vez conformadas las listas de elegibles era posible nuevamente recurrir el puntaje final obtenido.

16. En el caso concreto, el señor Velasco Mosquera, tan pronto tuvo conocimiento de la calificación asignada al módulo de análisis de méritos y antecedentes, que se hizo pública con la expedición del Acuerdo 07 del 17 de mayo de 2007, debió interponer el recurso de reposición contra el Acuerdo, cosa que no hizo, según se colige de las afirmaciones realizadas por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en la contestación de la demanda. Acudir quince (15) meses después a la acción de tutela, como efectivamente lo hizo, a sabiendas de que contó con dos claros momentos dentro del trámite del concurso para interponer los recursos señalados dentro de las reglas del concurso, rompe con los requisitos de subsidiaridad e inmediatez a que ha hecho referencia en múltiples oportunidades la Corte Constitucional a través de su Jurisprudencia, para que sea procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, más aún si como en el presente caso, existe la posibilidad de incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad contra el acto de la Administración.

De manera pues que en el presente caso no se demostró la condición de inmediatez y urgencia de la protección solicitada. En cambio, sí queda demostrado que el actor prefirió esperar a la conclusión del concurso de notarios para luego de verificar que su puntaje fue insuficiente para acceder al cargo, proceder a activar la protección que ofrece la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Acorde con lo señalado, la jurisprudencia ha precisado las circunstancias especiales y extraordinarias dentro de las cuales se podría ejercer la acción de tutela contra una decisión

de la administración y esta se refiere a eventos en los cuales el juez de tutela llegue a la convicción de que a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, es necesario conceder el amparo como mecanismo transitorio, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado temporalmente con la decisión del juez. Al respecto señaló la Corte en su Sentencia T-225 de 1993:

“... 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. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

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.”

17. Lo anterior permite confirmar la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso. No obstante, y en tanto labor pedagógica, vale la pena reiterar lo señalado en la sentencia SU-913 de 2009 en relación con la obligatoriedad de las reglas del concurso.

Obligatoriedad en el cumplimiento de las reglas del concurso abierto y público de notarios.

18. La Corte Constitucional en la Sentencia SU-913 de 2009 determinó que las reglas señaladas en las convocatorias de los concursos son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o a la ley o vulneren derechos fundamentales de las personas. Ignorar estas reglas implica desconocer los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima (Art. 83 CN), así como los principios de transparencia, moralidad e

imparcialidad que rigen la actividad de la administración y las situaciones jurídicas consolidadas, afectando de esta forma los derechos al debido proceso, la igualdad y el trabajo. Al respecto sostuvo la Corte:

“ (...) El concurso notarial fue expresamente previsto por el artículo 131 Superior para la selección de notarios en propiedad, como una manera de asegurar que el mérito fuese el criterio preponderante para el ejercicio de esa específica función pública. Por ese motivo, la doctrina de la Corte Constitucional ha perseguido que la selección se efectúe de acuerdo con un puntaje objetivo que valore el conocimiento, la aptitud y la experiencia del aspirante.

En los términos de la sentencia C-040 de 1995 las etapas que, en general, se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera 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.

“(...) A su turno el Consejo de Estado, Sección Cuarta mediante la providencia del 17 de julio de 2008 en el expediente 25000-23-26-000-2008-00448-01, actor único Unión Colegiada del Notariado Colombiano, a propósito del concurso de notarios señaló:

“[...] Significa lo anterior que el proceso de selección en alto porcentaje ha finalizado y no es del caso inaplicar una de las etapas del mismo, no solo por lo antes considerado sino porque se afectarían los derechos de las personas que concursaron y aprobaron todas las etapas y ahora están ejerciendo como titulares en propiedad los cargos de notarios.

En conclusión, se observa que la etapa de la prueba de conocimientos, en la que se fundamenta la alegada violación de los derechos fundamentales invocados, ya fue superada y el concurso está en su etapa final, por lo que no es posible retrotraer el proceso de selección por cuanto a la fecha existen situaciones jurídicas consolidadas tanto para quienes figuran en las listas de elegibles como para quienes fueron nombrados y posesionados, con fundamento en las bases y reglas previamente establecidas en la convocatoria del concurso y en esas condiciones les asiste un derecho legítimo que no puede ser revocado o modificado sin su consentimiento.” (Negrillas fuera de texto).

Lo contrario equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior.

(...)

11.1.5 Importa recordar que la línea constitucional transcrita fue retomada a propósito del concurso de notarios por la sentencia C-1040 de 2007, la cual 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”, reiteró expresamente para este concurso en concreto 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; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad

irrespetar el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc, se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación [...]”

Lo hasta aquí precisado autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.”

19. En el caso en estudio, la normatividad del concurso abierto y público de notarios, específicamente el artículo 4º de la Ley 588 de 2000, en lo que respecta a la valoración de la experiencia estableció:

“(…) Las experiencias valdrán hasta treinta 35 puntos, así: Cinco (5) puntos por cada año o fracción superior a seis meses por el desempeño del cargo de notario, cónsul; dos (2) puntos por cada año o fracción superior a seis (6) meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de ejercicio de la profesión de abogado; un (1) punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria, un (1) punto por cada año o fracción superior a seis (6) meses de funciones notariales o registrales”. (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, es claro que para la calificación de la experiencia, la normatividad diferenció entre el desempeño del cargo de notario o cónsul, el desempeño de cargos de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos de nivel directivo, asesor o ejecutivo, y el desempeño de funciones en otros niveles en notarías y oficinas de registro, de manera que mal haría el Consejo Superior de la Carrera Notarial o el juez constitucional en modificar una regla clara, fruto de la libertad de configuración del legislador y que en ningún momento resulta contraria a la Constitución o la Ley y tampoco vulnera

derechos fundamentales.

20. De acuerdo con lo expuesto, esta Sala procederá a denegar la solicitud de tutela en la medida que la encuentra improcedente por incumplir el requisito de oportunidad requerido para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin perjuicio de insistir de manera general en lo prescrito en la sentencia SU - 913 de 2009, en relación con la obligatoriedad de las reglas del concurso para efectos de acceder a la carrera notarial.

Por tanto, la Corte no accederá a la tutela de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del proceso.

Segundo. CONFIRMAR los fallos proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el 16 de febrero de 2009 y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 20 de mayo de 2009.

Tercero. LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Impedimento aceptado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Al respecto la Corte en la mencionada sentencia manifestó: “Como ya lo ha reiterado la Corte la acción de tutela podrá producir efectos más allá del caso concreto cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados. Así, atendiendo los efectos inter comunis de esta providencia se protegerán los derechos de todos aquellos participantes que se encuentren en las diferentes listas de elegibles elaboradas para proveer las notarías de todo el país, con los mejores puntajes y que en correspondencia al número de notarías por proveer en cada Círculo notarial no hayan sido designados.”