

Sentencia T-382/16

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude como agente oficioso

ACCION DE TUTELA CONTRA CONCEJO MUNICIPAL-Improcedencia por falta de legitimación por activa para controvertir concurso público y por existir otro medio de defensa judicial

Se presenta una acción de tutela contra una convocatoria a un concurso público de méritos para acceder al cargo de Personero. El demandante no figura como inscrito en el proceso de selección, en efecto, carece de legitimación por activa para formular la acción de tutela en nombre propio, teniendo en cuenta que no demostró ningún interés jurídico subjetivo en las resultas del concurso de méritos para la designación del nuevo Personero. El actor tampoco demostró que actuara en condición de apoderado judicial de alguno de los concursantes, o que promoviera la acción constitucional en su condición de agente oficioso, con lo cual quedan descartadas todas las hipótesis establecidas en el artículo 10 del Decreto ley 2591 de 1991 para demostrar legitimidad e interés en el ejercicio de la acción constitucional. Para resolver las discusiones vinculadas a la legalidad en abstracto de los actos administrativos, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de ejercer el medio de control de simple nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La ley también prevé medidas cautelares idóneas y eficaces destinadas a garantizar la vigencia del principio de tutela judicial efectiva

Referencia: expediente T-5551679

Acción de tutela presentada por Ramiro Ferney Hernández Mora contra el Concejo Municipal de Giraldo (Antioquia)

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa –quien la preside- y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Giraldo (Antioquia), el cuatro (4) de diciembre de dos mil quince (2015) y, en segunda instancia, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fe de Antioquia, el diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), dentro de la acción de tutela promovida por Ramiro Ferney Hernández Mora contra el Concejo Municipal de Giraldo.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Cinco, mediante auto del veintisiete (27) de mayo de los corrientes.

I. ANTECEDENTES

2. Estos derechos se le habrían vulnerado, desde su óptica, con la expedición de la Convocatoria No. 001 de 2015, “Por medio de la cual se convoca a concurso público de méritos, a los ciudadanos interesados en participar como candidatos al cargo de Personero Municipal de Giraldo, Antioquia”. Lo anterior, a su juicio, sobre la base de que la Mesa Directiva de esa Corporación incurrió en una serie de irregularidades en la expedición de ese acto, como son: (a) contratar la realización del concurso con una persona natural; (b) expedir el acto de convocatoria sin la autorización de la plenaria del Concejo municipal; (c) cambiar las reglas del concurso durante su trámite; (d) no establecer la fecha de publicación del listado de admitidos y no admitidos; (e) no definir el trámite para los recursos y reclamaciones de los participantes y (f) no determinar el puntaje mínimo aprobatorio de quienes clasificarían.

El fundamento fáctico que sustenta la solicitud de tutela, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, se sintetiza a continuación:

1. Hechos

1.1. Por medio de la Convocatoria No. 001 de 01 de septiembre de 2015[1], la Mesa Directiva

del Concejo de Giraldo, convocó a concurso público de méritos a las personas que estuvieran interesadas en ocupar el cargo de Personero de ese municipio.

1.2. La convocatoria fue publicada el 14 de octubre de 2015 y en ella se definieron, entre otros aspectos (i) el tipo de concurso, (ii) el cronograma de actividades, (iii) la naturaleza y funciones del cargo a proveer, (iv) los requisitos o calidades para ocupar el empleo y los soportes documentales para acreditar su cumplimiento, (v) los medios de divulgación de las decisiones del concurso, (vi) la entidad encargada de realizarlo, (vii) las etapas que lo conforman y (viii) los criterios de calificación.

1.3. Comenta el actor que a la fecha de presentación de la tutela ya “se han realizado de forma irregular todas las etapas del concurso” y al efecto procede a exponerlas en los términos que se sintetizan a continuación:

1.3.1. Realización del concurso a través de una persona natural, carente de idoneidad. Expone el demandante que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.27.1 del Decreto único reglamentario 1083 de 2015[2], el proceso de selección público y abierto que deben adelantar los concejos municipales o distritales para la designación del personero, debe efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior, públicas o privadas, o con entidades especializadas en procesos de selección de personal. A pesar de ello, afirma que la Mesa Directiva del Concejo de Giraldo “contrató de manera irregular a una persona natural, el profesional Jaime Jesús Cardona Gómez, situación que no está permitida en el decreto, porque un concurso de méritos exige idoneidad que no tiene el citado profesional”.

1.3.2. Expedición irregular. Con fundamento en el artículo 2.2.27.2 del aludido decreto[3], el actor considera que la Convocatoria No. 001 de 2015 fue expedida por la Mesa Directiva sin la autorización previa de la Plenaria del Concejo municipal, lo que determina la violación al derecho fundamental contenido en el artículo 29 Superior, al apartarse del procedimiento establecido en la ley.

1.3.3. Desconocimiento de las reglas previamente establecidas en la Convocatoria. Otra anomalía que a juicio del actor se configuró en el concurso, consiste en que las pruebas de Competencias Laborales y la Entrevista serían realizadas por un profesional en Psicología, al tenor de lo contemplado en el literal “Z” numerales 2 y 4[4] de la Convocatoria No. 001 de

2015. No obstante, de manera inexplicable la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo cambió las reglas del concurso “ya que estas dos pruebas fueron realizadas por el profesional “Jaime Jesús Cardona Gómez” (acta 2 y 3), profesional del cual se ignora la rama de conocimiento porque en el contrato que para el efecto suscribió la presidenta del concejo no lo dice.”

1.3.4. La convocatoria no señaló la fecha en que se publicaría la lista de los admitidos y no admitidos, no fijó los recursos y el trámite de las reclamaciones, ni determinó el puntaje mínimo aprobatorio. Sostiene el interesado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.27.2 atrás citado, la convocatoria como norma reguladora del concurso debe referir, por lo menos, la fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos, el trámite de reclamaciones y recursos procedentes, el puntaje mínimo aprobatorio y su valor dentro del concurso. Según el actor, estos estándares elementales no se encuentran fijados en la Convocatoria No. 001 de 2015 y por ende no garantiza que se escoja de manera objetiva, imparcial y transparente al nuevo Personero del Municipio de Giraldo.

1.4. Solicita la protección transitoria de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y debido proceso administrativo. En criterio del demandante, la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para evitar la configuración de un perjuicio irremediable “porque la lista de elegibles es obligatoria y las irregularidades de este proceso de selección triunfan o se concretan en los 10 primeros días del mes de enero de 2016”. En consecuencia pide que la Convocatoria No. 001 de 2015 y la lista de elegibles que arrojó el proceso de selección sean dejadas sin efectos jurídicos, para que la Mesa Directiva del Concejo del Municipio de Giraldo realice un nuevo concurso que consulte las previsiones de la Ley 1551 de 2012 y del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

2. Trámite procesal y respuesta de las autoridades vinculadas en el proceso

2.1. El conocimiento de la acción de tutela le correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Giraldo, autoridad que comunicó la existencia del proceso a los miembros de la Mesa Directiva del Concejo de ese municipio, al tiempo que les solicitó que allegaran el respectivo expediente administrativo contentivo del proceso de selección[5].

2.2. El escrito de contestación fue suscrito conjuntamente por la Presidenta y el Vicepresidente Segundo del Concejo Municipal de Giraldo. En el documento los cabildantes

afirman que el señor Hernández Mora carece de legitimación en la causa para controvertir, por vía de tutela, la Convocatoria No. 001 de 2015. Explican al respecto, que al concurso se inscribieron cinco aspirantes quienes presentaron su hoja de vida y allegaron la documentación pertinente[6], de los cuales tres presentaron la prueba de conocimientos[7] y solo dos la superaron.

Precisan que las etapas fijadas en la Convocatoria No. 001 de 2015, se han desarrollado con observancia plena de lo estipulado en el Decreto reglamentario 2485 de 2 de diciembre de 2014[8] -compilado en el Decreto Único Reglamentario N° 1083 de 2015- en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012[9] y la sentencia C-105 de 2013[10].

En ese sentido, arguyen que para la designación del Personero Municipal, el Decreto No. 2485 de 2014, permite que los concejos municipales o distritales “puedan” realizar el proceso de selección a través de universidades o instituciones de educación superior, públicas o privadas, con lo cual el decreto “dejó abierta la posibilidad para que el concejo en uso de su autonomía y discrecionalidad utilice otros medios para realizarlo en sintonía con la competencia y atribución constitucional otorgada en el artículo 313 de la Constitución Política.” Esta tesis, según los cabildantes, es compartida por el Departamento de la Función Pública en uno de sus conceptos[11] y por ende argumentan que no existió ninguna irregularidad en la vinculación de una persona natural, profesional en las áreas del derecho, la docencia y la sociología, para asesorar y apoyar al Concejo Municipal de Giraldo en el proceso de selección del nuevo personero.

Indican que la expedición de la Convocatoria No. 001 de 2015, estuvo precedida de la autorización de la Plenaria del Concejo Municipal de Giraldo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 3º del Acuerdo No. 013 de 03 de agosto de 2015, por lo que la expedición irregular alegada es inexistente.

Sostienen que a los concursantes no se les cambió las reglas de juego en la práctica de las pruebas de competencias laborales y en la entrevista, pues para su ejecución fue encargada una especialista en psicología organizacional, tal como lo ordena la Convocatoria No. 001 de 2015.

Finalmente, señalan que la fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos, al igual que el trámite de reclamaciones y recursos procedentes, no son etapas procesales

establecidas en el Decreto 2485 de 2014 y agregan que el puntaje mínimo aprobatorio y su valor dentro del concurso se encuentra claramente definido en el numeral 1º del Literal “Z” de la Convocatoria No. 001 de 2005, en cuanto ordena que “los aspirantes al cargo de personero que no respondan positivamente 20 de las 30 preguntas, quedarán fuera del concurso.[...]”

2.3. Al considerar que al señor José Joaquín Rueda Lora, en su condición de persona designada al cargo de Personero Municipal de Giraldo, le asistía un interés legítimo de intervenir en el proceso, el Juez de tutela ordenó la notificación del auto admisorio de la acción constitucional con el fin de que se pronunciara sobre las pretensiones del accionante, en un término no mayor a un día[12].

Dentro del lapso concedido por el juez, el señor José Joaquín Rueda Lora se pronunció en contra de la pretensión de amparo constitucional, señalando que el proceso de selección se ajustó a los lineamientos de la Ley 1551 de 2012, del Decreto 2485 de 2014 y de la sentencia C-105 de 2013[13]. En igual sentido, cuestionó la legitimidad del actor en formular la acción de tutela contra un proceso de selección del cual no hizo parte. Indicó al respecto que “la tutela impetrada no busca la garantía de derechos fundamentales, sino crear traumatismos de diversa índole y de diversas motivaciones, en este momento histórico donde se ha cambiado la forma de elección de los personeros municipales.”

3. Decisiones que se revisan

3.1. El Juzgado Promiscuo Municipal de Giraldo, en sentencia de 4 de diciembre de 2015, tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo. En consecuencia, ordenó al Concejo Municipal de Giraldo adelantar “los trámites correspondientes para que rehaga el Concurso Público de Méritos para la elección del Personero Municipal [...], dando aplicación a la Ley 1551 de 2012 el decreto 1083 de 2015 que a su vez compiló el decreto 2485 de 2014 y la jurisprudencia constitucional sentencia C-105 de 2013”.

Luego de hacer referencia al contenido del derecho al debido proceso y a la procedencia de la acción de tutela para impedir su violación en actuaciones administrativas, el juzgador procedió a realizar el análisis de cada una de las irregularidades alegadas por el demandante, y al efecto encontró que la Convocatoria 001 de 2015, incurrió en algunas

como son no fijar “el lugar de trabajo, la fecha de publicación de admitidos y no admitidos, [el] trámite de reclamaciones y recursos procedentes, lo cual significa que no se hizo una juiciosa aplicación al artículo en cita [2.2.27.2. (a)]”.

Con las pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela constató que las fechas para las inscripciones, la recepción de documentos y la realización de la prueba de conocimientos, no fueron adecuadamente publicitadas por la administración, al no haber utilizado todos los medios previstos en el artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[14]. Según el juzgador, la Convocatoria solo fue divulgada a través de la página web del Municipio de Giraldo, la cartelera municipal y en la emisora radio mensajera de paz, con lo cual se impidió que otras personas pudieran acceder al concurso de méritos en condiciones de igualdad, pues debió publicitarse tal convocatoria a través de un periódico de amplia circulación.

Respecto a la realización de la prueba de conocimientos, el juzgador consideró que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo no salvaguardó los principios de confiabilidad, seguridad, transparencia e idoneidad. En ese punto, el fallador resaltó que dicho cuerpo directivo envió solicitudes de colaboración a diversas universidades para que le suministraran un cuestionario de mínimo 30 preguntas que midieran el conocimiento de los aspirantes que se presentaran al concurso de méritos, con lo cual quedó comprometida la reserva que exige este tipo de pruebas y eventualmente pudieron ser conocidas por terceros. De otro lado, el juzgado consideró que la contratación de una persona natural para hacer el examen contraviene lo dispuesto en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, pues al tenor de esa disposición, el Concejo solo cuenta con la posibilidad de contratar a universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas, o celebrar el contrato con entidades especializadas en procesos de selección de personal.

3.2. Los miembros de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo impugnaron el fallo mediante escrito de diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015). Indicaron que en la Convocatoria No. 001 de 2015: (i) se contempló el lugar donde se desarrollaría el concurso de trabajo, se especifican las fechas de publicación del listado de admitidos y no admitidos, las observaciones de la convocatoria y la posibilidad de recurrir las decisiones ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 760 de 2005[15], para garantizar el derecho de réplica de los inscritos. (ii) se garantizó el

principio de publicidad de la convocatoria y de los actos que la desarrollan, al divulgarlos a través de medios de comunicación y electrónicos, los cuales tienen valor probatorio. (iii) se contrató un profesional idóneo que garantizó la realización del concurso de méritos, sin vulnerar la ley. (iv) no se tuvo en cuenta que el señor Ramiro Ferney Hernández Mora no estaba legitimado para solicitar el amparo de derechos fundamentales en un concurso de méritos para el cual nunca se inscribió y (v) la tutela fue instaurada cuando ya estaba publicada la lista de elegibles, por lo que resulta improcedente.

3.3. Mediante fallo de diez (10) de febrero del año en curso, el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fe de Antioquia confirmó la decisión de primer grado, con base en los argumentos que se transcriben a continuación:

“[...]

Luego de analizar los hechos que sirven de fundamento a la presente tutela y el material probatorio allegado, podemos dar por demostrado que:

1. La Mesa Directiva del Honorable Concejo Municipal de Giraldo, realizó la Convocatoria Nro. 001 de 2015 el día 1 de septiembre del mismo año, por medio de la cual se convocaba a concurso de méritos para el cargo de Personero Municipal.
2. La Convocatoria Nro. 001 de 2015 contiene datos relevantes y específicos que indica entre otros, el tipo de concurso, funciones, requisitos, etc. Además definió los criterios de calificación.
3. A la fecha, de forma irregular se han realizado todas las etapas del concurso. Lo que se constata en varias actas del mes de noviembre de 2015, así como en el documento titulado RESUMEN, donde se indica la lista de elegibles para proveer el cargo de Personero Municipal.
4. Para el mencionado concurso no se tuvo en cuenta lo estipulado en el Decreto 1083 de 2015 en el título 27 art. 2.2.27.1, esto es, la contratación con Instituciones especializadas en selección de personal. Además no se cumplió con las etapas del Concurso de Méritos para elección de personero municipal. La mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo, no obtuvo autorización previa de la plenaria de la Corporación. Las entrevistas

no fueron realizadas por persona idónea. No se fijaron las fechas de publicación de los admitidos e inadmitidos, ni de los recursos a interponer por algún concursante; no se informó sobre el puntaje mínimo.

[...]

Ahora bien, con respecto al caso que nos ocupa, al tutelante [...] no se le está violando el Derecho al trabajo, toda vez que no hace parte de la lista de inscritos a admitir y posteriormente a concursar, pero es evidente que en la aplicación o práctica de las diferentes etapas del ya mencionado concurso se violó el derecho al Debido Proceso Administrativo y el Derecho a la Igualdad por no haberse regido de manera precisa por la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015, tal como lo adujo acertadamente el juez de primera instancia.

Los anteriores presupuestos de hecho y normativos nos llevan a concluir sin necesidad de más argumentaciones que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo – Antioquia está vulnerando los derechos al Debido Proceso y a la Igualdad, del señor Ramiro Ferney Hernández Mora, por ende se declara procedente la acción de tutela que nos ocupa y se confirma en su totalidad la sentencia impugnada del 4 de diciembre de 2015.

[...]”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Del asunto a resolver en este caso

Los jueces de instancia concedieron el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso administrativo, sin resolver uno de los argumentos propuestos por los miembros de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo y por el tercero con interés

legítimo en los resultados del proceso, señor José Joaquín Rueda Lora, en su condición de persona designada para el cargo de Personero Municipal, según el cual el señor Ramiro Ferney Hernández Mora no se encontraba legitimado para formular la acción de tutela en contra de la Convocatoria No. 001 de 2015. Concretamente, advirtieron que el demandante no puede exigir la protección de derechos fundamentales respecto de un acto que no le es vinculante, en la medida en que no se inscribió en el concurso público de méritos para acceder al cargo de Personero Municipal.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico: ¿Procede la acción de tutela contra el Concejo Municipal de Giraldo que mediante Convocatoria No. 001 de 2015 realizó el concurso público de méritos para el cargo de Personero de ese municipio, vulnerando al parecer los derechos a la igualdad, trabajo y debido proceso administrativo del accionante que no participó en dicho concurso?

Para resolver este asunto, es necesario referirse a la doctrina elaborada por esta Corporación relacionada con la legitimación en la causa en las acciones de tutela. Igualmente deberá determinarse si en este caso existen otros medios de defensa judicial que permitan al señor Hernández Mora, controvertir de manera efectiva las presuntas irregularidades que rodearon el proceso de elección del nuevo Personero del Municipio de Giraldo.

3. De la legitimación en la causa por activa en la acción de tutela y su falta de acreditación en el caso concreto

Conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto-ley 2591 de 1991, la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Ésta puede actuar (i) por sí misma (ii) a través de representante legal, (iii) apoderado judicial (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (v) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal[16].

Este es el primer requisito de procedibilidad de la acción de tutela, que exige que quien solicita el amparo constitucional se encuentre “legitimado en la causa” para presentar la solicitud de protección de sus derechos fundamentales. Dicha legitimación puede ser “por

activa” o “por pasiva”. Por la primera exige que el derecho cuya protección se invoca sea un derecho fundamental propio y no, en principio, de otra persona[17]. La segunda se entiende satisfecha con la correcta identificación de las autoridades responsables de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados[18], destacando a la vez que su adecuada integración persigue garantizar a los presuntos implicados el derecho a la defensa y, por esa vía, permitirles establecer el grado de responsabilidad que les pueda asistir en los hechos que son materia de la controversia constitucional.

Desde antaño, la Corte ha precisado que el interés subjetivo de quien demanda en causa propia la protección de derechos fundamentales debe estar debidamente acreditado, pues de lo contrario carece de legitimidad para instaurar la acción de tutela. Por ejemplo, al conocer de un caso de un ciudadano contra un periódico de circulación nacional que en su portada publicaba la imagen de un menor de edad muerto en un accidente, la Corte se pronunció en los siguientes términos[19]:

“La acción de tutela tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales en el caso concreto de una persona afectada o amenazada en cuanto al goce de ellos por acción u omisión de la autoridad pública o de particulares en los casos definidos por la ley.

En ese orden de ideas, el juez que establece con certeza la violación o amenaza del derecho, apreciándola en el caso específico y considerando las circunstancias del solicitante, imparte una orden al responsable para que actúe o se abstenga de hacerlo. Esta orden tiene que ser proporcionada a la agresión y encaminada a restaurar el imperio del derecho en el evento concreto, con efectos particulares.

La Corte Constitucional considera que en el presente caso el actor no ha demostrado estar perjudicado o amenazado en sus derechos fundamentales por las publicaciones contra las cuales dirige la acción de tutela.

Se trata aquí de un interés difuso por definición, pues los efectos de las publicaciones en cuestión afectan potencialmente, en mayor o menor grado -como se verá- a toda la colectividad, es decir, a todos aquellos que puedan llegar a ser lectores del periódico que las efectúa.

Así las cosas, para que el peticionario pudiese alegar que en su caso la acción de tutela es

medio de defensa judicial encaminado a la protección de sus derechos fundamentales, debería estar en condiciones de probar que en efecto se le está causando daño y que existe una relación de causalidad entre las publicaciones que cuestiona y el perjuicio que sufre. De lo contrario, carece de legitimidad para intentar la acción.

En el año 1997[20], esta Corporación frente a la legitimación en la causa por activa en la acción de tutela, sostuvo:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación en el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.”

“La legitimación por activa es requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona (...) [21]. Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna en improcedente.”

En la sentencia T-899 de 2001[22], que denegó una tutela instaurada por una madre a nombre de sus dos hijos mayores de edad, la Corte precisó que la legitimación en la causa por activa no puede ser considerada como una exigencia nimia, sino por el contrario es indispensable en la protección y garantía adecuada de los derechos fundamentales:

“[...] la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

En el año 2002[23], este Tribunal conoció de una controversia suscitada entre un ciudadano contra una empresa de servicios públicos domiciliarios, por la presunta violación del derecho fundamental de petición ocurrida a dos personas conocidas del actor. La Corte consideró que el demandante no se encontraba legitimado para instaurar la acción a nombre de esos terceros, por falta de legitimación en la causa por activa:

[...] En términos generales la Corte ha considerado como requisito primordial para establecer la legitimación en la causa en los procesos de tutela, la identidad entre el titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado y quien ejerce la acción de tutela; de tal forma que el único que en principio está legitimado para provocar la tutela del derecho fundamental, es el titular del mismo, ya sea directamente o por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido.

Frente al caso del derecho fundamental de petición, el único legitimado para perseguir su protección judicial en caso de vulneración (ausencia de respuesta, respuesta inoportuna, respuesta incompleta, respuesta evasiva, etc.), será aquel que en su oportunidad haya presentado el escrito de petición en los términos del artículo 23 de la Constitución, de los artículos 5 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y de las normas especiales según el caso.

De tal forma que la titularidad o el derecho subjetivo de petición nace a la vida jurídica al momento en que la persona por su cuenta o a su nombre presenta petición ante la autoridad o el particular; ya en el evento de insatisfacción o de presunta vulneración del derecho, solamente el signatario estará legitimado para promover, tanto los trámites administrativos (recursos, silencios administrativos), como las diversas acciones judiciales (nulidad y restablecimiento, tutela), según el caso.

No aceptarlo así provocaría que eventualmente la administración, el juez contencioso o el juez de tutela, se pronunciaran sobre intereses de terceros totalmente ajenos a la relación administrativa o procesal de la que conocen, en desmedro de los derechos de libertad en la disposición de los propios intereses y del debido proceso de quienes ignoran o simplemente no activaron la competencia de las autoridades.

[...]

En el presente caso, la Sala encuentra que el señor Ancir Gómez Gómez jamás presentó personalmente petición alguna a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en la cual solicitara información detallada sobre los consumos registrados por la línea telefónica (...), o la reducción del monto de la factura; encuentra en cambio que, los escritos en los que se solicitaba tanto la información, como la nueva facturación sobre dicha línea, fueron suscritos por los señores Martín Díaz y Jaime Sánchez. Así mismo, encuentra la Sala que el señor Ancir Gómez a pesar de afirmar ser el propietario del inmueble donde se encuentra la línea telefónica (...), no logró demostrar ni su calidad de propietario ni su calidad de usuario de la misma, ni tampoco su condición de apoderado o de agente oficioso de aquellos.”

En el año 2006[24], este Tribunal resolvió la tutela formulada por el Director de un Hospital en el Departamento del Chocó, encaminada a evitar “la perturbación de los derechos fundamentales a la salud con conexidad a la vida de los pacientes que requieren el servicio en forma oportuna del Hospital San José de Tadó.” La Corte en ese proceso concluyó que la tutela era improcedente, entre otras razones, porque se interponía a favor de sujetos indeterminados y de situaciones abstractas, dado que no se hace referencia alguna a las personas que están viendo afectados sus derechos con el inminente cierre del Hospital, ni se planteaban situaciones en las cuales se esté presentando una vulneración del derecho a la salud de una persona en particular, frente a la cual la autoridad judicial deba dar una orden de acción u omisión.

En el año 2009[25], la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación denegó la acción de tutela formulada por una empresa de seguridad, que alegaba la violación de los derechos fundamentales al mínimo vital y trabajo de sus empleados, con motivo de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad dispuso cancelar la licencia de funcionamiento. La Corte concluyó que el representante legal de la empresa no se encontraba legitimado para agenciar la defensa de los derechos de sus empleados, “pues estos trabajadores no han acudido a la acción de tutela persiguiendo la protección de estos derechos, y en la solicitud de tutela no se expresó que la accionante hubiera asumido la agencia de sus derechos, por encontrarse los afectados en incapacidad de acudir ante el juez constitucional”.

3.1. Igualmente, en los casos en que la tutela es ejercida a través de abogado, esta Corporación ha considerado que quien representa judicialmente a otro, carece de

legitimación por activa, cuando en nombre propio pretende defender mediante tutela los derechos fundamentales de su poderdante, o cuando acude al proceso sin poder especial para ejercer dicha acción. En el primer evento, la Corte ha considerado que quien representa judicialmente a alguien, lo hace a título profesional, lo que implica que el interés que defiende es el de su defendido y no el suyo propio, bajo las reglas del ejercicio de la profesión de abogado y atendiendo los supuestos de ley. En el segundo evento, no es suficiente que el apoderado alegue la defensa de la persona en un proceso diferente, o que afirme comparecer a la tutela como representante, o que cuente con poder general en otros asuntos; sólo el poder especial correspondiente, lo habilita para interponer tutela a favor de su representado y afirmar válidamente tal identidad[26].

Así, en el año 1999[27], este Tribunal resolvió la tutela formulada por un abogado a nombre de su defendido, aduciendo la representación judicial que ejerció en un proceso judicial diferente. La Corte sentenció que el profesional no se encontraba legitimado en la causa por activa para ejercer la acción de tutela, en la medida en que el ejercicio de ésta supone que esté acompañada del correspondiente poder especial, que se presumirá auténtico, o deberá expresar en la demanda de protección que obra en calidad de agente de derechos ajenos cuyo titular carece de posibilidades para iniciar directamente el proceso.

Posteriormente, en el año 2002[28], la Corte definió los siguientes requisitos normativos del apoderamiento judicial en materia de tutela, de la siguiente manera:

“(...) Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico[29]. (iii) El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial. En este sentido (iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido[30] para la promoción[31] de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen[32] en el proceso inicial. (iv) El destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho[33] habilitado con tarjeta profesional[34]. (...)”.

También en el año 2002, en un caso de similares connotaciones al anterior, la Corte reiteró que la presentación de un poder conferido para un asunto diferente, no acreditaba la

legitimación en la causa por activa para ejercer la acción de tutela[35]:

“De este modo, cuando la acción de tutela se ejerce a título de otro, es necesario contar con poder especial para legitimar su interposición. La carencia de la citada personería para iniciar la acción de amparo constitucional, no se suple con la presentación del apoderamiento otorgado para un asunto diferente.

“Por lo cual, en los términos de la jurisprudencia constitucional,[36] la falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por parte de un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo habilita para ejercer la acción de amparo constitucional a nombre de su mandante y, por lo tanto, en estos casos, la tutela debe ser declarada improcedente ante la falta de legitimación por activa”.

En el año 2003[37], la Corte afirmó que “si una persona interpone una acción a través de apoderado, éste sólo ostentará dicha calidad y por contera excluirá toda posibilidad de hacerlo también como agente oficioso, ya que “el contrato de mandato, en virtud del cual se confiere el poder, descarta la agencia oficiosa, pues una misma persona, en el mismo caso, no puede actuar en la doble calidad de apoderado y de agente oficioso”. [38]

En un caso en el que un abogado alegaba un interés propio para controvertir una providencia judicial adversa a sus representados en un proceso ordinario, la Corte consideró que el profesional del derecho no se encontraba legitimado por activa para formular la acción de tutela, pues “sólo le corresponde al propio interesado decidir si frente a lo que puede ser la violación de su derecho fundamental, quiere realizar o no los actos judiciales propios para que cese la vulneración. Sólo a él le corresponde decidir si interpone, por ejemplo, una acción de tutela, ora por sí mismo, ora por agente oficioso, le otorga poder a un abogado, o acude a la Defensoría del Pueblo”. [39]

3.2. Respecto a la posibilidad de ejercer la acción de tutela a través de un agente oficioso, la Corte ha precisado[40]:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La

existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”.

Esta Corporación[41] precisó que la conjunción de los dos primeros elementos, vale decir, la manifestación del agente oficioso y la imposibilidad del interesado para actuar, son constitutivos de la agencia oficiosa y legitiman el ejercicio de la acción de tutela, en tanto que el tercero y el cuarto son accesorios[42]. Frente al primero, la Corte de manera pacífica ha sostenido que no existen fórmulas retóricas que deban ser utilizadas para que se entienda cumplido este requisito y basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente[43]. En relación con el segundo aspecto, la Corte ha señalado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe tener siquiera carácter sumario. La incapacidad a la que se hace referencia cuando se habla de agencia oficiosa, atenúa la concepción tradicional de la misma, referida a minoría de edad o alienación mental y se extiende a la incapacidad física o mental del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda, o bien, derivarse de especiales circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico o la situación de especial marginación o indefensión en que se encuentre el afectado para asumir la defensa de sus derechos. Por ello, es un deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la imposibilidad a partir de los antecedentes del caso concreto[44].

3.3. En el asunto materia de estudio, se presenta una acción de tutela contra una convocatoria a un concurso público de méritos para acceder al cargo de Personero del Municipio de Giraldo, que según se afirma, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y debido proceso administrativo.

De acuerdo con el certificado expedido por la Secretaría del Concejo Municipal de Giraldo, que da cuenta de la postulación de cinco ciudadanos interesados en acceder a ese cargo[45], el demandante no figura como inscrito en el proceso de selección. En estos términos, la Sala considera que el señor Hernández Mora, en efecto, carece de legitimación por activa para formular la acción de tutela en nombre propio, teniendo en cuenta que no demostró ningún interés jurídico subjetivo en las resultas del concurso de méritos para la designación del nuevo Personero. El actor tampoco demostró que actuara en condición de apoderado judicial de alguno de los concursantes, o que promoviera la acción constitucional

en su condición de agente oficioso, con lo cual quedan descartadas todas las hipótesis establecidas en el artículo 10 del Decreto ley 2591 de 1991 para demostrar legitimidad e interés en el ejercicio de la acción constitucional.

Al haber sido concedido el amparo constitucional sin examinar previamente la posición jurídica del interesado en el proceso de selección, los jueces de instancia desnaturalizaron el alcance de la acción de tutela, razón que conduce a revocar las decisiones judiciales que ordenaron rehacer el Concurso Público de Méritos para la elección del Personero Municipal de Giraldo.

4. De la existencia de otros medios de defensa judicial para controvertir la legalidad de la Convocatoria No. 001 de 2015

Esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela resulta procedente cuando a pesar de existir otros medios de defensa judicial, éstos no resultan idóneos o eficaces en el caso concreto. Para analizar la idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, la Corte ha estimado que es preciso tener en cuenta (i) el objeto del proceso judicial que se considera desplaza a la acción de tutela, y (ii) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.

En el presente caso la acción de tutela no es procedente como mecanismo transitorio ni definitivo para impugnar la Convocatoria No. 001 de 2015, mediante la cual abrió el proceso de selección para la designación del Personero del Municipio de Giraldo (Antioquia), pues como se indicó en el capítulo precedente, el actor no se encuentra legitimado en la causa para controvertirla. Ello implica que el señor Hernández Mora, si así lo considera pertinente, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de cuestionar la legalidad del acto de convocatoria. Para tal fin, el ordenamiento jurídico contempla un medio de defensa del interés general, denominado medio de control de nulidad, que le permite a cualquier persona la posibilidad de “solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general”[46].

Cabe destacar que varias de las presuntas irregularidades expuestas en el escrito de tutela coinciden, precisamente, con algunas de las causales de nulidad contempladas en el

artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, como son la expedición del acto administrativo (i) con infracción de las normas en que deberían fundarse, (ii) o sin competencia, (iii) o en forma irregular, (iv) o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (v) o mediante falsa motivación, (vi) o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. Adicionalmente, este medio de control permite la posibilidad de solicitar al juez de conocimiento la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, como manifestación del principio de tutela judicial efectiva[47].

De acuerdo con ese contexto, el medio de defensa judicial que el ordenamiento consagra para este caso permite plantear la controversia que hoy propone el peticionario, en la medida de que asegura un pronunciamiento integral sobre lo que por este medio pretende el demandante.

5. Conclusiones

5.1. En el caso concreto, la Sala Primera de Revisión concluye que el actor no se encuentra legitimado en la causa por activa para controvertir, a través de la acción de tutela, la Convocatoria Pública No. 001 de 2015, mediante la cual la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Giraldo convocó a concurso de méritos para proveer el cargo de Personero de ese ente territorial. Al respecto la Sala encontró que el señor Ramiro Ferney Hernández Mora no demostró la existencia de un interés jurídico subjetivo para controvertir el acto que convocó a concurso, ni acreditó que actuara en condición de apoderado judicial de alguno de los concursantes, o que promoviera la acción en su condición de agente oficioso, dada la imposibilidad de alguno de los aspirantes en procurar su propia defensa.

A este respecto, la Sala recordó que la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona afectada quien puede actuar (i) por sí misma (ii) a través de representante legal, (iii) apoderado judicial con poder especial que lo faculte expresamente (iv) o mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional o (v) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal.

5.2. Para resolver las discusiones vinculadas a la legalidad en abstracto de los actos administrativos, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de ejercer el medio de control de simple nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La ley

también prevé medidas cautelares idóneas y eficaces destinadas a garantizar la vigencia del principio de tutela judicial efectiva.

5.3. En este contexto, la Sala Primera de Revisión revocará las decisiones proferidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Giraldo y por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fe de Antioquia, y en su lugar procederá a declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por Ramiro Ferney Hernández Mora contra el Concejo Municipal de Giraldo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Fe de Antioquia, el diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Giraldo (Antioquia), el cuatro (4) de diciembre de dos mil quince (2015). En consecuencia, DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver folios 12 a 18 del cuaderno principal.

[2] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”. El artículo 2.2.27.1 de ese estatuto dispone: “Concurso público de méritos para la elección personeros. El personero municipal o distrital elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por concejo municipal o distrital.

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, podrá a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades en procesos de selección de personal.

El concurso de méritos en todas sus etapas deberá ser adelantado atendiendo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.

(Decreto 2485 de 2014, art. 1)”.

[3] El artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015 contempla al respecto: etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros. “El concurso público de méritos para la elección de personeros tendrá como mínimo las siguientes etapas: a) Convocatoria. La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación. La convocatoria es norma reguladora de todo el concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento del concurso, las etapas que deben surtirse y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección. La convocatoria deberá contener, por lo menos, la siguiente información: fecha de fijación; denominación, código y grado; salario; lugar de trabajo; lugar, fecha y hora de inscripciones; fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos; trámite de reclamaciones y recursos procedentes; fecha, hora y lugar de la prueba de conocimientos; pruebas que se aplicarán, indicando el carácter de la prueba, el

puntaje mínimo aprobatorio y el valor dentro del concurso; fecha de publicación de los resultados del concurso; los requisitos para el desempeño del cargo, que en ningún caso podrán ser diferentes a los establecidos en la Ley 1551 de 2012; y funciones y condiciones adicionales que se consideren pertinentes para el proceso. b) Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso. c) Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo. El proceso público de méritos para la elección del personero deberá comprender la aplicación de las siguientes pruebas: 1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso. 2. Prueba que evalúe las competencias laborales. 3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria. 4. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso. (Decreto 2485 de 2014, artículo 2o)".

[4] El literal "Z" de la Convocatoria No. 001 de 2015, en sus numerales 2y 4 dispone: "Z. Criterios de calificación: se realizará sobre 100 puntos discriminados así: [...] 2.- prueba de competencias laborales: Tendrá un valor de 15%, o sea 15 puntos respecto de los 100 del concurso, la cual debe ser practicada por un profesional en psicología que previamente contrate la corporación para el desarrollo de la misma. [...] 4. Entrevista: La cual tendrá un valor no superior del 10%, o sea 10 puntos respecto de los 100 del concurso, que deberá ser practicada por un profesional de psicología que para tal efecto contrate la Corporación."

[5] Ver el auto de 23 de noviembre de 2015. Folios 41 y 42 del cuaderno principal.

[6] En el escrito de contestación se relacionan los siguientes ciudadanos: Mauricio Alberto Herrera Echavarría, José Joaquín Rueda Lora, Yohana Cristina Valderrama Rengifo, Verónica Patricia Usuga y Oscar Adrián Rueda Cifuentes (folio 47).

[7] Específicamente se refieren a José Joaquín Rueda Lora, Yohana Cristina Valderrama Rengifo y Oscar Adrián Rueda Cifuentes (folio 47).

[9] “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”. Dispone el artículo 35: “El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así: Artículo 170. Elección. Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano.”

[10] MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez (SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[11] En la contestación se hace alusión al Concepto expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública No. 20156000044701 (Folio 70). En ese documento, se señalan los parámetros que deben guiar la realización del concurso para la elección de los personeros municipales. Al respecto indica que (i). La competencia para la elección del personero municipal es del Concejo Municipal; en ese sentido, es viable que dicha corporación fije los parámetros, diseñe y adelante el concurso de méritos para su elección, directamente o por intermedio de entidades o instituciones especializadas, teniendo en cuenta lo señalado en el Decreto 2485 de 2014. (ii) que el concurso para la elección de personero, tendrá como mínimo tres etapas: 1) Convocatoria; 2) Reclutamiento; y 3) Aplicación de pruebas. (iii) que para la convocatoria se requerirá como mínimo de una

publicación de 10 días calendario antes de la fecha de inscripción, lo que implica que si la elección se debe efectuar en los diez (10) primeros días del mes de enero, para dar cumplimiento a la convocatoria y desarrollo del concurso, deberá adelantarse el mismo de manera previa a su elección, es decir, que el Concejo Municipal que actúa en el año 2015 deberá iniciar el mismo durante su periodo constitucional, en tanto que la elección la efectuará el Concejo que se encuentre en ejercicio en el año 2016, en los primeros diez (10) días del mes de enero. (iv) que frente a la evaluación de competencias laborales, el Concejo determinará el porcentaje, que será independiente del asignado para las pruebas de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto el total del concurso. Respecto a la entrevista, tendrá un valor no superior del 10% sobre un total de valoración del concurso y el concejo determinará su valor porcentual, parámetros y quien la realizará.

[12] El auto es de 1º de diciembre de 2015, folios 266 a 269 del expediente.

[13] MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez (SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[14] Artículo 65. DEBER DE PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

PARÁGRAFO. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de

elección distintos a los de voto popular.

[15] “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”. El artículo 13 de ese estatuto dispone: Las reclamaciones de los participantes por sus resultados obtenidos en las pruebas aplicadas en los procesos de selección se formularán ante la Comisión Nacional del Servicio Civil o ante la entidad delegada, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación y deberán ser decididas antes de aplicar la siguiente prueba o de continuar con el proceso de selección, para lo cual podrá suspender el proceso.

La decisión que resuelve la petición se comunicará a través de los medios utilizados para la publicación de los resultados de las pruebas y contra ella no procede ningún recurso.

[16] Artículo 10, Decreto 2591 de 1991: “[I]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí mismo o a través de representantes. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. [...] También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

[17] Sentencia T-1191 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

[18] En el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 se dispone: “Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental [...]”.

[19] Sentencia T-479 de 1993. (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

[20] Sentencia T-416 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

[21] Sentencias T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), SU-136 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-388 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-678 de 2001, (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) entre otras. En la sentencia T-1191 de 2004, la Corporación añadió: “Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso; ni que en cierto tipo de asociaciones, como las de carácter sindical, sus representantes legales no

puedan asumir la defensa de los intereses colectivos de la persona jurídica y a la vez la de los derechos personales de los trabajadores afiliados.”

[22] MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[23] Sentencia T-817 de 2002. (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

[24] Sentencia T-946 de 2006. (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.)

[25] Sentencia T-799 de 2009. (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[26] Consultar al respecto, entre otras, las sentencias T-001 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-530 de 1998 (MP. Antonio Barrera Carbonell), T-658 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-697 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[27] Sentencia T-088 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

[28] Sentencia T- 531 de 2002, (MP. Eduardo Montealegre Lynett)

[29] Esta presunción fue establecida por el legislador delegado en el Decreto 2591 de 1991. Sobre la misma se pronunció tangencialmente la Corte en sentencia T-001 de 1997 en la cual la Corte resuelve el caso de abogados que presentaron acción de tutela como agentes oficiosos sin demostrar la indefensión de los agenciados, la Corte niega la tutela por que no se configura la agencia oficiosa y no se reúnen los requisitos para el apoderamiento judicial, afirmó la Corte: “Los poderes se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, pero, obviamente, tal autenticidad no puede predicarse de poderes no presentados, ya que el juez no está autorizado para presumir que alguien apodera los intereses de otro, sin que en el respectivo expediente ello aparezca acreditado”.

[30] En este sentido la Corte ha acogido las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en la materia, así en la sentencia T-530 de 1998 acoge y aplica la disposición del artículo 65 inciso 1º: “En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.”

[31] En este sentido en la en la sentencia T-695 de 1998 la Corte no concedió la tutela

impetrada debido a que el abogado quien presentó la tutela pretendió hacer extensivo el poder recibido para el proceso penal al proceso de tutela. En esta oportunidad la Corte reiteró la doctrina sentada en la sentencia T-550 de 1993 oportunidad en la cual la Corte afirmó: “De otro lado, debe desecharse la hipótesis de que el poder conferido para adelantar un proceso judicial sirve al propósito de intentar la acción de tutela a que pudiere dar lugar ese proceso, por cuanto se trata de actuaciones distintas y, si bien es cierto que la tutela tiene un carácter informal, también lo es que tal informalidad no lleva a presumir la existencia de un poder que no se presentó y que es necesario allegar siempre que se ejerza la acción de tutela a nombre de otro y a título profesional”. En un sentido similar ver sentencia T-002 de 2001, en la cual la Corte afirmó que la condición de apoderado en un proceso penal no habilita para instaurar acción de tutela, así los hechos en que se esta se fundamenta tengan origen en el proceso penal.

[32] En la sentencia T-530 de 1998 la Corte al revisar la decisión de una tutela promovida por el abogado de la parte civil en un proceso penal quien actuaba sin poder especial para el proceso de tutela, consideró que el a-quo no debió darle trámite al respectivo proceso debido a que el abogado no allegó el poder respectivo ni manifestó su calidad de agente oficioso. En este sentido aseveró que “Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela.”

[33] En la sentencia T-207 de 1997 la Corte se extendió en consideraciones acerca de la informalidad, propia de la acción de tutela y de sus implicaciones frente al ejercicio de la misma. Con respecto al apoderamiento judicial como excepción al principio de informalidad de la acción señaló: “Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971). Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de

acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.”

[34] Sobre la obligatoriedad de que la representación judicial en tutela sea asumida por abogados en ejercicio no existe regulación expresa ni en la Constitución ni en los decretos reglamentarios de la acción de tutela, ante este vacío la Corte en sentencia T-550 de 1993 mediante interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a partir de las disposiciones generales sobre representación judicial y en especial a partir de la disposición del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 (que señala las faltas para los abogados que promuevan irregularmente acciones de tutela) concluyó que esta disposición no tendría sentido sino se entendiera que la representación judicial sólo pudiese ser adelantada por abogados titulados y en ejercicio.

[35] Sentencia T-658 de 2002, (MP. Rodrigo Escobar Gil.)

[36] Además de las sentencias previamente citadas, pueden consultarse las providencias: T-207 de 1997, T-693 de 1998, T-526 de 1998, T-695 de 1998 y T-088 de 1999.

[37] Sentencia T-1020 de 2003, (MP. Jaime Córdoba Triviño)

[38] Cfr. Sentencia T-527 de 1993 (MP. Jorge Arango Mejía.)

[39] Sentencia T-451 de 2006 (MP. Jaime Araujo Rentería.)

[40] Sentencia T-799 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[41] Sentencia SU-173 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[42] Ibídem “El tercer elemento es de carácter interpretativo, y el cuarto (ratificación), se refiere a la posibilidad excepcional de suplir el primero, si se presentan ciertos actos positivos e inequívocos del interesado durante el trámite de la acción.”

[43] En la sentencia SU-173 de 2015, la Sala Plena efectuó el siguiente recuento jurisprudencial sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo la condición de agente oficioso y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa: “[...] la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del

caso. Por ejemplo, en la Sentencia T-555 de 1996 la Corte resolvió el caso de un agente oficioso (estudiante de consultorio jurídico) que promovió tutela a favor de una persona para lograr protección de su derecho a la no reformatio in pejus, y no manifestó la circunstancia de imposibilidad de promover su propia defensa en la cual aquel se encontraba. En esta oportunidad la Corte concedió la tutela bajo la idea según la cual los derechos involucrados tenían además una dimensión objetiva que hacía imperiosa su protección, por lo cual “en aquellos casos en que, como en el presente, se encuentra de por medio la efectividad de un derecho fundamental con dimensiones de carácter objetivo y la violación a este derecho es manifiesta y constatable prima facie, el agente oficioso – en razón de la naturaleza del derecho fundamental cuya vulneración se debate – actúa, adicionalmente, en nombre de un interés general, que supera el interés individual de la persona cuyos derechos agencia.” Sobre la posibilidad de inferir la situación de imposibilidad de promover la propia defensa, la Corte se pronunció en sentencia T-452 de 2001. En este caso la Corte revisó la sentencia de un juez que negó la tutela de los derechos de un agenciado bajo el argumento de que el agente no señaló expresamente la situación en que aquel se encontraba y que le impedía promover su propia defensa, no obstante que en el escrito tal situación se mostraba como evidente. En esta oportunidad la Corte consideró la posibilidad de pronunciarse de fondo tras aceptar la existencia de una “agencia oficiosa tácita” ya que según la Corte “la exigencia de estos requisitos -la manifestación de la imposibilidad- no puede interpretarse formalmente, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente...” Además, esto fue posible porque la Corte constató que el agenciado no corría riesgo alguno por el acto de la agencia, lo cual para la Corte sólo es posible “siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir -no simplemente presumir- que se está realizando un acto a favor de otro.”. En la sentencia T-342 de 1994 dos personas actuando como agentes oficiosos para la defensa de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y consecuentemente los derechos a la igualdad, autonomía, libertad de conciencia, libertad de expresión etc., de la comunidad indígena nómada Nukak Maku debido a que una asociación asentada en un lugar

estratégico en el departamento del Guaviare había comenzado una serie de actividades dirigidas a la catecumenización y reducción cultural de los indígenas, la Corte decidió que la agencia oficiosa era en ese caso procedente, porque además de haberlo manifestado expresamente “las circunstancias actuales de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje que presentan los integrantes de dicha comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de promover su propia defensa.” De esta forma se amplía notablemente el referente de la expresión del Decreto 2591 de 1991 “no encontrarse en condiciones físicas” pues no se alude con el mismo solamente a incapacidad estrictamente física como limitación corporal, sino que alude a un marco más amplio de condiciones materiales.”

[45] Folio 102 del expediente. Los ciudadanos que se inscribieron al proceso de selección fueron los siguientes: Mauricio Alberto Herrera Echavarría, José Joaquín Rueda Lora, Yohana Cristina Valderrama Rengifo, Verónica Patricia Úsuga y Óscar Adrián Rueda Cifuentes.

[46] El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 dispone sobre el particular: “ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente. PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”

[47] El capítulo IX –medidas cautelares-, del título V –de la Ley 1437 de 2011, incluye un

régimen que regula su procedencia y tipología y el trámite para su adopción por parte del juez administrativo. La suspensión provisional procede siempre y cuando la infracción surja del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud.