

Sentencia T-402/12

ACCION DE TUTELA CONTRA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Supresión de cargo de carrera administrativa por reestructuración en Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana

ACCION DE TUTELA-Procedencia siempre que vías ordinarias no resulten expeditas para una protección inmediata y real

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Ineficacia de mecanismos judiciales de defensa en el ordenamiento jurídico para solucionar controversias

CONCURSO DE MERITOS-Casos en que procede excepcionalmente la tutela

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regla general

CARRERA ADMINISTRATIVA-Acceso mediante concurso publico de méritos

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Implementación y desarrollo de concurso públicos

CONCURSO DE MERITOS DE ENTIDADES ESTATALES-Derechos de quienes ocupan los primeros puestos

LISTA DE ELEGIBLES-Inmodificable una vez ha sido publicada y se encuentra en firme en virtud del principio de buena fe y confianza legítima

DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO-Vulneración al impedir nombramiento en el cargo para el cual participó dentro de un concurso de méritos y en el que obtuvo el primer lugar

ACTO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINA LISTA DE ELEGIBLES-Una vez en firme crea derechos subjetivos de carácter particular y concreto

PROCESO DE REESTRUCTURACION EN ORGANOS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Efectividad de los principios de la función administrativa

PROCESO DE REFORMA INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Mecanismo para el cumplimiento de los fines del Estado

PROCESO DE REFORMA INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección de derechos de los trabajadores por supresión de cargos de carrera de empleados escalafonados

ACCION DE TUTELA CONTRA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Nombramiento en cargo para el que participó y ocupó primer puesto en concurso de méritos o en lista de elegibles si no existe plaza disponible

Referencia: Expediente T-3281110

Acción de tutela instaurada por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de octubre de 2011, mediante el cual se revocó la decisión adoptada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 13 de septiembre de 2011, en el trámite de la acción de tutela promovida por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del treinta y uno (31) de enero de 2012, proferido por la Sala de Selección número Uno y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 29 de agosto de 2011, Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, a través de apoderado, presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- por una presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos dentro del concurso de méritos realizado mediante la Convocatoria N° 001 de 2005.

2. Hechos relevantes

El apoderado de Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, narra en síntesis los hechos, así:

2.1. La señora Rodríguez Avendaño se inscribió en el concurso de méritos realizado mediante la Convocatoria N° 001 de 2005 en el cargo denominado Técnico Administrativo Código 367, Grado 09, del Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU-.

2.2. Al haber superado todas las pruebas y etapas del concurso de méritos y encontrarse en firme la Resolución N° 2518 del 1° de junio de 2011, por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer el citado empleo, solicitó a la menciona entidad información sobre su posesión, toda vez que ocupó el primer lugar.

2.3. El citado instituto, mediante oficio 150-7304 del 24 de junio de 2011, le informó que dicho cargo, había sido suprimido de la planta de personal dentro del marco de un proceso de reestructuración llevado a cabo en la entidad, novedad que fue comunicada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante oficio del 28 de abril de 2009.

2.4. Por lo anterior, la señora Rodríguez Avendaño, en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que efectuara la posesión en el cargo que asumió las funciones del que optó o, en su defecto, se le permitiera escoger uno similar en otra entidad de la ciudad de Tunja.

2.5. La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de oficio de 18 de agosto de 2011, le indicó que había requerido al Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja para que hiciera efectivo el nombramiento en periodo de prueba del empleo denominado Técnico Administrativo Código 367, Grado 09, con fundamento en que ella tiene el derecho adquirido a ser nombrada en ese cargo. Advirtió, que las listas de elegibles en firme se consideran actos administrativos de obligatorio cumplimiento y “las entidades no pueden suprimir empleos reportados y que hayan sido ofertados a los aspirantes, ni pueden modificar los manuales de funciones y requisitos de los mismos antes de su provisión y hasta cuando el servidor nombrado supere el período de prueba.”

Anexo al mencionado oficio se encuentra la comunicación 31607 de 18 de agosto de 2011, dirigida al Gerente del mencionado instituto en la que se señala:

“Como quiera que el INSTITUTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE TUNJA -INVITU (ECOVIVIENDA), aún no ha dado cumplimiento a dicho nombramiento, me permito solicitarle proceder de manera inmediata a realizar tal designación y remitir a esta Comisión Nacional en un plazo máximo de 3 días contados a partir de la presente comunicación, copia del acto administrativo de nombramiento en período de prueba de la señora LIDIA AURORA RODRÍGUEZ AVENDAÑO de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de (SIC) acuerdo 159 de 2011.”

3. Fundamento de la acción y pretensiones formuladas

Teniendo como fundamento el marco descrito en precedencia, Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, mediante apoderado, promovió la presente acción de tutela, con el objeto de que se le amparen los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, vulnerados por las omisiones y falencias ocurridas en el mencionado concurso de méritos, lo cual desencadenó una serie de irregularidades que culminaron con la publicación de un cargo que no existe, en una entidad que cambió de denominación y con un participante que cumpliendo satisfactoriamente con la totalidad de las etapas del mismo, ve como sus derechos, esfuerzos y méritos están siendo burlados y violados.

El apoderado judicial de la señora Rodríguez Avendaño solicita que sean protegidos los derechos fundamentales de su poderdante y, en consecuencia, se ordene a las entidades demandadas “dar posesión a mi asistida en el cargo que accedió mediante el concurso” o, en su defecto, en el empleo “que asumió las funciones del suprimido” y en caso de no ser posible lo anterior, se le conceda “la oportunidad de escoger una entidad ubicada en la ciudad de Tunja”. Así mismo, pide prevenir al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil de “abstenerse de incurrir en nuevas amenazas o vulneraciones de mis (SIC) derechos.”

4. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las siguientes:

* Resolución N° 2518 “por la cual se conforma lista de elegibles para proveer un empleo de carrera de la entidad INSTITUTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE TUNJA -INVITU- BOYACÁ, convocado a través de la aplicación IV de la Convocatoria N° 001 de 2005” (Folio 11).

* Copia de la Petición dirigida al Instituto de Vivienda de Interés Social- INVITU- el 7 de junio de 2011, por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño (Folio 14)

* Copia de la respuesta de la Empresa Constructora de Vivienda -ECOVIVIENDA- a la anterior solicitud (Folio 15)

* Copia del oficio 141-08 de abril 28 de 2009, suscrito por el Gerente del Instituto de Vivienda de Interés Social -INVITU- y dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Folios 16 y 56).

* Copia de la petición elevada por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño a la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 5 de julio de 2011 (Folio 17).

* Copia de la respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil al anterior requerimiento (Folio 21).

* Copia de la petición de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la Empresa Constructora de Vivienda - ECOVIVIENDA-, el 18 de agosto de 2011 (Folio 27).

* Copia de la cédula de ciudadanía de Lidia Aurora Rodríguez Avendaño (Folio 30).

* Copia del Oficio N° 066-09 de marzo 11 de 2009, firmado por el Gerente del Instituto de Vivienda de Interés Social -INVITU- y dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Folio 55).

* Copia del Oficio N° 206-09 de junio 9 de 2009, suscrito por el Gerente del Instituto de Vivienda de Interés Social -INVITU- remitido a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Folio 70).

* Copia del Oficio 150-7-303 de junio 24 de 2011, firmado por el Gerente de la Empresa Constructora de Vivienda -ECOVOIENDA- y dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Folio 72).

* Copia del Oficio 150-7 304 de junio 24 de 2011, del Gerente de la Empresa Constructora de Vivienda -ECOVOIENDA- dirigido a Lidia Aurora Rodríguez Avendaño (Folio 74).

* Copia del Oficio 150-7 424 de agosto 30 de 2011, firmado por el Gerente de la Empresa Constructora de Vivienda -ECOVOIENDA- remitido a Lidia Aurora Rodríguez Avendaño (Folio 77).

* Copia de contrato de consultoría N° 05 de 06 de marzo de 2009, suscrito entre el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- y Solución Planificada (Folio 83).

5. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante auto de agosto 31 de 2011, admitió la demanda y corrió traslado a las entidades demandadas para que ejercieran su defensa.

5.1. Dentro de la oportunidad legal prevista, la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja - ECOVIVIENDA- anterior, Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Tunja -INVITU-, a través del representante legal, señaló lo siguiente:

- Cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil procedió a ofertar los cargos a ocupar, en el año 2010, el INVITU, hoy, ECOVIVIENDA, había suprimido el cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09, mediante Acuerdo de la Junta Directiva N° 01 de 2009. De ello se comunicó a la comisión a través del Oficio 141-09 de abril 28 de 2009¹, al que antecedió el 066 de 11 de marzo de esa anualidad, en el que se informó previamente a la comisión que la empresa tenía programado realizar una reorganización y modernización, situación ratificada en oficios 206-09 y 721-10 de junio 9 de 2009 y diciembre 7 de 2010, entre otros. Para ese entonces, la CNSC, no tenía previsto, ofertar los empleos públicos.

- La Resolución N° 2571 de junio 1 de 2011, por medio de la cual se conformó la lista de elegibles, fue de conocimiento de ECOVIVIENDA, a través de la señora Rodríguez Avendaño, quien en escrito de junio 8 del mismo año, solicitó los requisitos para la posesión en el empleo OPEC 37626, cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09.

- La Comisión Nacional del Servicio Civil al dar respuesta a la petición de la demandante en la que solicitó información sobre la posesión en el cargo para el que concursó, no hizo alusión a las comunicaciones remitidas por el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Tunja -INVITU- en el año 2009, así como tampoco de la enviada en diciembre de 2010.

- La Comisión Nacional del Servicio Civil no puede obligar a la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA- a sostener un empleo que no requiere “por ser de apoyo” y no “de contenido misional” porque ello haría oneroso sus gastos de funcionamiento.

- ECOVIVIENDA, al contestar el Oficio 31607 de 2011 de la Comisión Nacional del Servicio

Civil, radicado el 24 de agosto del citado año en el instituto, reiteró los hechos ocurridos en el año 2009 respecto de la supresión del cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y que implica la imposibilidad de atender lo ordenado por dicha entidad mediante Resolución N° 2518 de junio 1 de 2011, en lo referente a proveer el mencionado empleo.

- La petición elevada por la señora Rodríguez Avendaño, el 24 de agosto de 2011, fue respondida mediante Oficio 150-7-424 del 30 de agosto de la citada anualidad y recibida por la demandante, el 3 de septiembre del mismo año, en la que nuevamente se le manifiesta la imposibilidad por parte de ECOVIVIENDA de dar cumplimiento a lo ordenado por la comisión por las razones anteriormente expuestas.

- Se advierte finalmente que el Cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 9, fue suprimido y las funciones que desarrollaba no fueron asignadas a otro similar. Por el proceso de modernización institucional, la planta de personal de la entidad, pasó de tener siete (7) cargos a quedar conformada por cinco (5) con funciones de apoyo y no de contenido misional.

5.2. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de apoderado, consideró que la acción de tutela no debe promoverse contra la entidad, por las siguientes razones:

- La inconformidad de la accionante radica en que mediante Resolución N° 2518 del 1° de junio de 2011, fue publicada la lista de elegibles para el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- en la cual aparece en el primer lugar para ocupar el cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, el ente nominador no había efectuado el nombramiento.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Comisión Nacional del Servicio Civil no es la entidad llamada a dar solución al problema planteado por la demandante. Es al Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- a quien le asiste el deber de informar respecto de la posesión del cargo. Por lo tanto, la comisión, carece de legitimación en la causa para actuar en la acción de tutela de la referencia.

II. DECISIÓN JUDICIAL

1. Sentencia de primera instancia

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2011, concedió el amparo solicitado al considerar que de conformidad con el material probatorio allegado al expediente, estando en desarrollo el proceso selectivo y antes de la etapa de elaboración de las listas de elegibles, la entidad accionada del orden municipal comunicó expresamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil un hecho nuevo, consistente en la reestructuración y supresión del cargo. De ahí que, la comisión hizo caso omiso de dicha información, “afectando el derecho al mérito de la concursante, el principio de eficacia en los procesos de selección; así como el principio de eficiencia y de respeto a las garantías que deben rodear los derechos de los concursantes”. Recibida la comunicación remitida por la entidad nominadora, la comisión debió efectuar la corrección correspondiente, para que la actora pudiera optar por otro cargo en su aspiración.

- No obstante, la Sala se abstendrá de amparar los derechos de la demandante en la forma solicitada, es decir, no ordenará el nombramiento en el cargo suprimido, por las siguientes razones:

* Los actos administrativos que ordenan la reestructuración de la entidad y que suprimieron el cargo gozan de la presunción de legalidad y de ejecutividad y la tutela no es el medio para suspenderlos ni para anularlos por cuanto ello es función del juez contencioso administrativo.

* El derecho al trabajo es de rango fundamental pero en su dimensión negativa, de modo que la tutela no es el instrumento para reincorporar personas en empleos públicos cuando éstos han sido suprimidos.

* La entidad municipal informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil acerca de la supresión del cargo con suficiente antelación, pues lo hizo un año antes de la etapa de elaboración de las listas de elegibles. Fue la comisión quien hizo caso omiso de esta información.

* La demandante no probó que ese cargo lo ocupe, actualmente, algún servidor público en provisionalidad o en encargo, lo que haría viable la orden constitucional como se solicitó en el libelo demandatorio. Al acreditarse que fue suprimido y la entidad reestructurada, la orden resulta impertinente.

* La supresión paulatina de cargos, en atención a las necesidades que impone la naturaleza y características del proceso de reestructuración, constituye una decisión inherente a esa específica situación jurídico-administrativa, y una potestad legítima de la Administración, cuando existe un proceso de optimización de recursos, mejoramiento de la gestión pública y de adaptación del servicio público a los retos que impone el cambio económico y social con miras a la satisfacción del interés general y a la realización del bien común.

- Conforme con lo anterior y en aras de garantizar la confianza y la seguridad pública, le corresponderá a las entidades accionadas coordinar lo concerniente para homologar o admitir como elegible a la accionante en cargos que se encuentren vacantes en la entidad reestructurada porque si bien la señora Rodríguez Avendaño no es servidora de carrera, el concurso de méritos le generó expectativas al conformar la lista de elegibles con relación al cargo suprimido.

Bajo este contexto, se le ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil que efectué el trámite necesario para permitir a quienes concursaron y forman parte de esa lista de elegibles con relación al cargo suprimido, conformar una nueva lista de elegibles para cargos análogos, homólogos o similares que se encuentren vacantes en la entidad que suprimió el cargo y con respecto a los cuales reúnan las condiciones legales y reglamentarias.

Se exonerará de cualquier responsabilidad al Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- ahora, Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA-.

2. Impugnación

Dentro de la oportunidad legal prevista, la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de apoderado judicial, impugnó la decisión proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá argumentando que pese a que ECOVIVIENDA manifestó que remitió el oficio 141-09 del 28 de abril de 2009, a través del cual informó a la CNSC que por Acuerdo 01 de 24 de abril de 2009, modificó y adoptó una nueva estructura y definió funciones en sus dependencias y determinó la planta de personal suprimiendo los cargos de Técnico Administrativo Código 367, Grado 09 y Secretaria Código 440 Grado 12, de la planta de personal del entonces INVITU, no existe prueba en los archivos de la entidad que demuestre que dicha información hubiese sido remitida de manera completa.

“En consecuencia, y como quiera que dentro del término dispuesto en la Circular 074 de 2009, no se encontró ninguna actualización o solicitud de reforma efectuada por parte del Instituto de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- en lo que respecta al empleo 37626, en desarrollo de la fase II de la Convocatoria N° 001 de 2005, la CNSC procedió a ofertar el empleo en la Etapa 1 de la Aplicación IV, entre el 25 de enero y 6 de febrero de 2010...”.

En el escrito de impugnación, se incorpora el texto de las distintas comunicaciones remitidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil al Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- y a la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA-.

3. Sentencia de segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 14 de octubre de 2011, revocó el fallo del a quo al considerar que “respecto de la petición de amparo de que aquí se trata, concurre la causal de improcedencia contemplada en el artículo

6°, numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, habida cuenta que el ordenamiento jurídico tiene establecido los mecanismos ordinarios de defensa para controvertir la legalidad de los actos administrativos que motivaron la presente acción, no siendo por ello viable acudir a este instrumento excepcional cuando la interesada no ha hecho uso de éstos, ya que ello implicaría la usurpación de las competencias del juez contencioso administrativo, única autoridad judicial que en la órbita de sus facultades puede suspenderlos o anularlos.”

III. PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012), el Magistrado Sustanciador encontró necesario recaudar algunas pruebas para verificar los hechos relevantes del proceso y mejor proveer en el presente asunto. En consecuencia, resolvió oficiar a la demandante, señora Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, para que informara a esta Sala lo siguiente:

- “1. Cuántas personas tiene a su cargo.
2. Cuánto ascienden sus ingresos y egresos mensuales, cuál es la fuente de dichos ingresos y cómo son invertidos.
3. Si posee bienes muebles e inmuebles, indicando, en caso positivo,
4. Cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos.
5. Cuál es su estado de salud actual.
6. Señale la relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, educación, vestuario, salud, recreación, etc.), con los correspondientes soportes que así lo acrediten
7. Si ha presentado acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa invocando la inconformidad planteada en la solicitud de amparo”.

Vencido el término probatorio, no se recibió respuesta alguna.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del asunto

Antes de entrar a determinar el problema jurídico y los temas que eventualmente deberían considerarse para efectos de darle solución, la Sala debe iniciar por definir la procedibilidad de la presente acción de tutela. Ello, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por los jueces de instancia, en el sentido de considerar que existe otro medio judicial de defensa al cual acudir para resolver la cuestión jurídica planteada, y que no se encuentra acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional de manera enfática y uniforme ha señalado que la acción de amparo fue instituida como un instrumento de defensa judicial que pretende la defensa de los derechos fundamentales, dotada de un carácter subsidiario y residual. Lo anterior implica que su ejercicio solo es procedente de manera supletiva, es decir, cuando no sea posible acudir a otro medio de defensa, salvo que se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.²

Ello de conformidad con el artículo 86 Superior que establece “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, lo que significa que el Constituyente reconoció el carácter preferente de los diversos medios de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico, a los que se debe acudir en búsqueda de la protección de los derechos.³

No obstante, el juez constitucional frente a la existencia de diversos medios de defensa judicial debe analizar si en la situación particular de quien invoca el amparo, éstos resultan idóneos y eficaces, pues una interpretación restrictiva de la norma, conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, si con la utilización de dichos instrumentos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados. Bajo este contexto, se ha admitido la

procedencia de la acción de tutela, incluso como mecanismo definitivo, siempre que las vías ordinarias no resulten lo suficientemente expeditas para prodigar una protección inmediata y real.

En el caso sometido a estudio, respecto de los concursos públicos de méritos, la Corte ha acuñado una jurisprudencia uniforme en relación con la ineficacia de los mecanismos judiciales de defensa que existen en el ordenamiento jurídico para solucionar las controversias que allí se suscitan, bajo el argumento según el cual éstos no permiten una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión, en la medida en que cuando se produzca la decisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ya no será posible reivindicar dichas garantías. 4

Así las cosas, la acción constitucional se erige como el único mecanismo que haría posible una protección eficiente de los derechos fundamentales que aquí se invocan, razón por la cual el amparo impetrado por la demandante requiere un pronunciamiento de fondo en el presente proveído.

Una vez ha sido aclarada la procedencia de la acción de tutela en este asunto específico, la Corte entrará a identificar el problema jurídico que plantea la presente causa.

4. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y en las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad le corresponde a la Sala de Revisión analizar si las entidades demandadas han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos de Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, por el hecho de no haberle permitido posesionarse en el cargo para el cual aspiró dentro del concurso de méritos realizado mediante la Convocatoria N° 001 de 2005 y en el que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los temas relacionados con: (i) la carrera administrativa como regla general. Acceso mediante concurso público de méritos, (ii) los derechos constitucionales fundamentales de quienes ocupan los primeros puestos en los concursos de méritos, y (iii) los programas de reestructuración de la administración pública.

5. La carrera administrativa como regla general. Acceso mediante concurso público de méritos

El artículo 125 de la Constitución Política, establece que, “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)”

Fue así como el Constituyente consagró la regla general conforme a la cual los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa. Precepto que solo permite las excepciones claramente señaladas en el mismo texto fundamental. En efecto, en el inciso primero de la mencionada norma, se excluyen del régimen general de carrera los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

En punto a la facultad atribuida al legislador para fijar qué otros empleos, además de los señalados, se gobiernan por un sistema diferente al de carrera administrativa, la Corte ha destacado que su interpretación es de carácter restrictivo. Ello significa que no es posible que por esa vía, la carrera administrativa se convierta en la excepción que modifique o tergiversarse el orden constitucional.⁹ En consonancia con lo dicho, el artículo 125 superior establece que, de existir empleos cuyo sistema de provisión no haya sido previsto por la Constitución o definido por la ley en forma razonable y justificada, se presume que éstos son de carrera.

En síntesis, este tribunal al interpretar el alcance de los mandatos superiores que inspiran a la carrera administrativa, ha señalado, no en pocos pronunciamientos, que el régimen de carrera se funda única y excluidamente en el mérito, y en las calidades del servidor público.

Precisamente, el inciso 3° del citado artículo dispone que “el ingreso a los cargos de carrera

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

Desde esa óptica, el Constituyente quiso que el mérito se materializara a través del concurso público, pues aquél, precisamente, se erige como el mecanismo más pertinente para determinar no solo el mérito sino también las calidades del funcionario. Con ello se pretende evitar que sean otros los criterios que constituyan los factores determinantes para el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa.¹⁰ En últimas se pretende que quienes accedan a los puestos del Estado sean servidores con experiencia, conocimiento, y dedicación, de manera que se garantice la efectividad del Estado en el cumplimiento de sus funciones, buscando la excelencia.

En este sentido, el concurso público se ha entendido como el instrumento dirigido a garantizar la selección objetiva del funcionario que ejercerá la función pública, basado en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para cumplir las funciones propias del cargo a desempeñar y así evitar que la subjetividad o arbitrariedad del nominador, generen situaciones manifiestamente discriminatorias y contrarias a los principios y valores constitucionales, al favorecer criterios disímiles como la filiación política, el origen nacional o familiar y el sexo, entre otros.¹¹

Sobre el particular, la Corte ha afirmado que, [e]l concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.”¹²

Ahora bien, en tratándose de la implementación y el desarrollo de los concursos públicos, debe señalarse que es una labor confiada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano que por disposición del artículo 130 de la Constitución Política, es el “responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

Respecto de la competencia de la mencionada Comisión, esta corporación, en la Sentencia C-1230 de 2005¹³, precisó que a ella “corresponde administrar y vigilar las carreras de los

servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional”. Aclaró en la sentencia que, “ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas”.

6. Los derechos constitucionales fundamentales de quienes ocupan los primeros puestos en los concursos de méritos desarrollados por las entidades estatales. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha señalado¹⁴, de manera coincidente que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”¹⁵. Por otro lado, ha establecido que “aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.”¹⁶

Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”¹⁷

La situación descrita, según la Corte, también “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”¹⁸.

A su vez, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que las listas de elegibles que han cobrado firmeza son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos¹⁹.

De allí que la Corte haya concluido que “(...) se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece.²⁰ En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos. (...) Por lo anterior, el concursante que ocupe el primer puesto, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente. Por tal razón las entidades nominadoras deberán respetar el orden de la lista y dar prevalencia a quien ocupe el primer puesto. Una decisión contraria, sólo se justifica en la medida en que se fundamente en razones objetivas relacionadas con la idoneidad de quien aspira a ocupar un cargo, ya sea por sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso.²¹”²²

Bajo esa perspectiva, la Corte estima que los actos administrativos que determinan las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración.

Sobre el particular, en Sentencia SU-913 de 2001²³, se dijo lo siguiente:

“cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un

conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos 'se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)'. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado²⁴. (...)

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio -Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, el acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido el mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los

derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconstituyen dichas listas sin existir justificado título que así lo autorice.”

7. Los programas de reestructuración de la administración pública

La Corte Constitucional ha justificado la necesidad de realizar procesos de reestructuración administrativa en los órganos y entidades del estado, cuando se pretende dar efectividad a los principios de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de la función administrativa, los cuales conducen a la satisfacción del interés general, a que alude el artículo 209 superior. La posibilidad de que una función pública cumpla con tal criterio, se fundará en la utilización eficiente de los recursos públicos y en la protección de la solidez financiera del aparato estatal.²⁵

Particularmente, en la Sentencia C-209 de 1997²⁶, reiterada en pronunciamientos posteriores sobre la materia, la Corte indicó que, “el Estado, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc., y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente.”

Bajo esa línea de orientación, esta corporación ha señalado que, “(l)a estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inalterables. Las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, factores económicos, son, entre muchas, razones por las cuales en algunas ocasiones resulta necesario proceder a reestructurar entidades públicas.”²⁷

Precisamente, como el proceso de reforma institucional, es uno de los mecanismos por medio de los cuales a la administración pública le es posible hacer frente a las exigencias que se presentan para el cumplimiento de los fines del Estado, el constituyente fijó el marco para que las autoridades puedan adelantarlos cumpliendo con los cometidos estatales.

Con todo, la decisión de suprimir un cargo de carrera administrativa puede provenir de situaciones tales como la fusión o liquidación de la entidad pública, reestructuración,

modificación de la planta de personal, reclasificación de empleos y políticas de modernización del Estado, entre otros, siempre enmarcada en la necesidad del Estado de cumplir sus finalidades, entre las cuales se encuentran primordialmente, adecuar y modernizar su funcionamiento.

Si bien es cierto que dichos procesos de reforma institucional son indispensables y buscan fines constitucionalmente admisibles, también lo es que su realización al tener impacto en la sociedad, hace imperioso observar la mayor diligencia en su diseño y ejecución para no vulnerar los derechos de los sectores involucrados en el proceso.

Bajo esta perspectiva, cuando la administración, por razones de interés público o por reorganización de una dependencia, suprime cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, a éstos como titulares de unos derechos de raigambre constitucional, se les debe garantizar la aplicación de ciertas prerrogativas que atenúan la carga de las medidas de reestructuración del Estado. Ello significa que tales procesos no pueden adelantarse sin restricciones, y que las autoridades deben respetar ciertos parámetros, entre los cuales está el de la necesidad de respetar y proteger los derechos de los trabajadores.

8. Análisis del Caso Concreto

De conformidad con el acontecer fáctico reseñado y las pruebas allegadas al expediente, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

-Lidia Aurora Rodríguez Avendaño se inscribió para participar en la Convocatoria No. 001 de 2005.

-El Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- reportó y actualizó a través del aplicativo web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los empleos identificados en la Oferta Pública de Empleos -OPEC- bajo el número 376264, denominado Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y Secretaria, Código 440, Grado 12.

-El Gerente del Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU-, a través del Oficio 066-09 del 11 de marzo de 2009, informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que la entidad tiene programado iniciar un proceso de Rediseño, Reorganización y

Modernización y que los cargos previamente reportados harán parte del respectivo estudio técnico.

-El 28 de abril de 2009, el mencionado funcionario del INVITU, mediante oficio 141-09, informó a la comisión que a través del Acuerdo de Junta Directiva N° 01 del 24 de abril de dicha anualidad, la entidad no solo se modificó y adoptó una nueva estructura sino que también se definieron funciones a sus dependencias. En relación con los cargos Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y Secretaria, Código 440, Grado 12, señaló, que fueron suprimidos de la planta de personal.

En respuesta a dicho requerimiento, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Oficio 01-09-2009-11310-8172, le comunicó al INVITU “que no es posible realizar el retiro ni modificaciones a los empleos que se encuentran actualmente en la Oferta Pública de Empleos -OPEC- de la entidad sin contar con los actos administrativos en firme que sustenten dichos cambios dentro de la planta de personal.”

-Frente a dicha negativa, el Gerente del INVITU, mediante Oficio 206-09 del 9 de junio de 2009, advirtió que la empresa, “ya había informado ante esa entidad, en oficio N° 141-09 de 28 de abril del presente año, que mediante Acuerdo de Junta Directiva N° 01 de 24 de abril de 2009, se modificó y adoptó nueva estructura, se definieron funciones a sus dependencias, se determinó la estructura y planta, entre otras disposiciones.” Además, reiteró, “que los Cargos Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y Secretaria, Código 440, grado12, que en ese momento se encontraban en nombramiento provisional fueron suprimidos de la planta de personal del INVITU.”

-Posteriormente, el Gerente de la hoy denominada Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA-, envió a la Comisión Nacional del Servicio Civil, el oficio 49356 del 10 de diciembre de 2010, a través del cual solicitó que se aclare el motivo por el cual en la Oferta Pública de Empleos aparece registrado el cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09, no obstante que se había informado acerca de la supresión de los cargos que habían sido reportados para concurso. Ello debido a una modificación y adopción de una nueva estructura de la entidad.

Como contestación de la mencionada solicitud de aclaración, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Comunicación N° 2011EE7746 del 18 de mayo de 2011, le informó a

ECOVIVIENDA que “verificado el historial de solicitudes presentadas por el INVITU, específicamente lo que concierne con el radicado 11310 que anexa a su petición, es pertinente indicar que en respuesta se le informó que no era procedente realizar el retiro de los empleos de secretaria grado 12 y técnico administrativo 367 grado 09, que los retiros de la OPEC solo procederían una vez enviaran los actos administrativos en firme de lo contrario dichos empleos continúan el curso normal dentro de la Convocatoria 001 de 2005.”

-La Comisión Nacional del Servicio Civil, expidió la Resolución N° 2518 del 1° de junio de 2011 “por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer un empleo de carrera de la entidad INSTITUTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE TUNJA -INVITU-BOYACÁ, convocado a través de la Aplicación IV de la Convocatoria N° 001 de 2005”. En el mencionado acto administrativo, aparece en el primer lugar de la lista, Lidia Aurora Rodríguez Avendaño. Dicho acto cobró firmeza, el 23 de junio de 2011.

-El 7 de junio de 2011, Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, en ejercicio del derecho de petición, solicitó a ECOVIVIENDA, que le informara acerca de los requisitos a cumplir para posesionarse en periodo de prueba en el empleo Técnico Administrativo Código 367, Grado 09.

La mencionada empresa, mediante Oficio 150-7-303 de junio 24 de 2011, le informó que dicho cargo, había sido suprimido de la planta de personal dentro del marco de un proceso de reestructuración llevado a cabo en la entidad, novedad que fue comunicada a la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio del 28 de abril de 2009.

En esa misma fecha, ECOVIVIENDA, dio respuesta al oficio 2011EE7746 de 18 de mayo de 2011, remitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, expresándole que el acto administrativo mediante el cual se modificó y adoptó la nueva estructura, se definieron funciones y se determinó la planta de personal, fue enviado el 28 de abril de 2009, el cual fue recibido el 30 de abril siguiente, según constancia de la empresa de mensajería.

-Ante tal negativa, la señora Rodríguez Avendaño pidió a la Comisión Nacional del Servicio Civil que efectuara la posesión en el cargo que asumió las funciones del que optó o, en su defecto, se le permitiera escoger uno similar en otra entidad de la ciudad de Tunja.

Dicha comisión, mediante comunicación del 18 de agosto de 2011, le indicó que había

requerido al Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja para que hiciera efectivo el nombramiento en periodo de prueba del empleo denominado Técnico Administrativo Código 367, Grado 09, con fundamento en que ella tiene el derecho adquirido a ser nombrada en ese cargo.

-El 30 de agosto de 2011, ECOVIVIENDA, le informó a la demandante que nuevamente envió respuesta a la comisión en la cual reitera que no se ha dado solución al inconveniente generado por haber seguido el proceso de selección de un cargo que se había suprimido en la planta de personal de la entidad, lo cual fue informado en el momento oportuno pero que por razones que se desconocen se hizo caso omiso de tal situación.

-Al oficio del 24 de junio de 2011, dirigido por ECOVIVIENDA a la comisión, este organismo dio respuesta en estos términos:

“en oficios remitidos por INVITU a esta Comisión Nacional en los meses de marzo y abril del presente año en los cuales se solicitaba el retiro de los cargos en mención, no se adjuntó el Acuerdo 01 de 2009, que usted menciona en su última comunicación. Es así que se solicitó telefónicamente se enviara vía fax dicho Acuerdo con el fin de agilizar el procedimiento para la autorización de retiro de los empleos, sin embargo el documento aún no ha sido allegado a esta Comisión, por lo cual reiteramos la solicitud.

En consecuencia, dichos empleos y estas supresiones al no estar debidamente soportadas en actos administrativos en firme, donde se evidencie dicha modificación en la planta de personal y teniendo en cuenta que dichos soportes no fueron allegados a esta Comisión, por lo cual no es contrario con los lineamientos del proceso de selección, que tales empleos aun formen parte de la OPEC en el marco de la convocatoria 001 de 2005.”

Siendo entonces responsabilidad del INVITU hoy ECOVIVIENDA que sea efectuado el nombramiento de los elegibles en desarrollo de la Convocatoria 001 de 2005, adquirieron los derechos particulares y concretos materializados en las listas de elegibles.”

Ante la imposibilidad de posesionarse en el cargo para el cual concursó, esto es, el de Técnico Administrativo Código 367, Grado 09 del entonces denominado Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU-, actualmente, Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA-, Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, acude

al mecanismo constitucional de la tutela. Del análisis del libelo petitorio se observa que la pretensión esbozada por el apoderado judicial de la demandante, va encaminada a que se ordene a las entidades demandadas “dar posesión a mi asistida en el cargo que accedió mediante el concurso” o, en su defecto, en el empleo “que asumió las funciones del suprimido” y en caso de no ser posible lo anterior, se le conceda “la oportunidad de escoger una entidad ubicada en la ciudad de Tunja”.

En la contestación de la demanda de tutela, ECOVIVIENDA manifestó que cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil, procedió a ofertar los cargos a ocupar, el entonces, Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- había suprimido el cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09, mediante Acuerdo de la Junta Directiva N° 01 de 2009. Novedad que fue informada a dicha comisión.

Para la Comisión Nacional del Servicio Civil, como la inconformidad de la demandante radica en que mediante Resolución N° 2518 del 1° de junio de 2011, fue publicada la lista de elegibles para el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja, en la cual aparece en el primer orden de la lista para ocupar el cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, el ente nominador no había efectuado el nombramiento, es dicha entidad quien debe dar solución al problema planteado. Lo anterior significa que a dicho organismo le asiste el deber de informar respecto de la posesión del cargo.

Por su parte los jueces de instancia consideran que en el presente caso, para resolver el tema planteado existe otro mecanismo de defensa judicial.

De los hechos relatados y probados se colige que la imposibilidad de la demandante de posesionarse en el cargo para el cual concursó, Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09, es consecuencia de la omisión en que incurrió, el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja -INVITU- al comunicar a la Comisión Nacional del Servicio Civil acerca de la supresión del empleo, toda vez que no adjuntó, en su debida oportunidad, el acto administrativo que sustentaba dichos cambios dentro de la planta de personal, es decir no allegó el Acuerdo de Junta Directiva N° 01 de 2009 “por el cual se modifica y adopta nueva estructura para el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Tunja, INVITU, se definen funciones a sus dependencias, se determina la

estructura y planta, entre otras disposiciones.” Dicho en otros términos el INVITU, hoy, ECOVIVIENDA, no reportó en el término establecido para ello alguna modificación a la Oferta Pública de Empleos -OPEC- ni remitió el acto administrativo que sustentara la reestructuración de la entidad, razón por la cual el proceso de selección para proveer el cargo denominado Técnico Administrativo, Código 37626, Grado 09, continuó su marcha normal.

Lo anterior, por cuanto si bien es claro que mediante Oficio N° 141-09, informó a la comisión que a través del mencionado acuerdo, no sólo se modificó y adoptó una nueva estructura en la entidad sino que también se definieron funciones a sus dependencias y se suprimieron los cargos reportados en la Oferta Pública de Empleos -OPEC-, también lo es que en dicha comunicación ni se consignó que se adjuntaba dicho acto administrativo, ni aparece con el sello de recibido por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el documento que sustentaba la modificación de la planta de personal. La constancia de la empresa de mensajería según la cual el envío fue entregado en el mencionado organismo, el 30 de abril de 2009, no tiene la virtualidad de controvertir lo dicho, por cuanto en ella no se especifica cuáles documentos fueron recibidos.

De las pruebas allegadas por la misma empresa, se evidencia que fue recibido el Oficio N° 141-09 en la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 30 de abril de 2009, a las 12:59, correspondiéndole el radicado N° 000011310, pero el Acuerdo de Junta Directiva, allegado en el trámite de la tutela, no se encuentra signado.

Lo anterior explica la comunicación mediante la cual la comisión le informa a la entidad que no es posible realizar el retiro ni modificaciones a los empleos que se encuentran actualmente en la Oferta Pública de Empleos -OPEC-, toda vez “que no se cuenta con los actos administrativos en firme que sustenten dichos cambios dentro de la planta de personal.” Frente a dicha negativa, la hoy denominada Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA- se limitó a manifestar que había informado que mediante Acuerdo de Junta Directiva N° 01 de 24 de abril de 2009, se modificó y adoptó nueva estructura, se definieron funciones a sus dependencias, se determinó la estructura y planta, entre otras disposiciones. Además, reiteró, que los Cargos Técnico Administrativo, Código 367, Grado 09 y Secretaria, Código 440, grado12, que en ese momento se encontraban en nombramiento provisional fueron suprimidos de la planta de personal del INVITU, sin demostrar que el acto

administrativo requerido, sí, había sido remitido.

Con posterioridad a la fecha en que Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, solicitó información respecto de los requisitos para posesionarse en el cargo para el cual concursó, la empresa, le comunicó al organismo responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos que el acto administrativo mediante el cual se modificó y adoptó la nueva estructura, se definieron funciones y se determinó la planta de personal, fue enviado el 28 de abril de 2009 y recibido en la comisión el 30 de abril siguiente, sin contar con prueba fehaciente que así lo demuestre.

Ahora bien, para la Sala, resulta claro que la demandante, no tiene la calidad de funcionaria de carrera, lo cual le permitiría como titular de unos derechos de raigambre constitucional ser beneficiaria de la aplicación de ciertas prerrogativas para atenuar la carga de las medidas de reestructuración del Estado en la eventualidad específica de la supresión del cargo. Sin embargo, al impedírsele el derecho legítimo que tiene a ser nombrada en el cargo para el cual participó dentro de un concurso de méritos y en el que obtuvo el primer lugar, amerita la intervención del juez constitucional con el fin de contrarrestar la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo, toda vez que la acción de tutela se erige como el único mecanismo que hace posible una protección eficiente de los mismos.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte revocará el fallo de tutela proferido el 14 de octubre de 2011 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela presentada por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja que revocó, a su vez, el dictado el 13 de septiembre de 2011 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que concedió el amparo solicitado.

En su lugar, se concederá la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, ordenando a la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja -ECOVIVIENDA-, a través de su Gerente o a quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, le comunique a Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, si existe una plaza vacante en

un cargo equivalente a aquél para el cual concursó de manera exitosa, y nombrarla de manera inmediata. En caso de que no exista una plaza disponible igual, porque no existen vacantes o porque todos los cargos equivalentes al de la señora Rodríguez Avendaño están siendo ocupados por personas vinculadas a través de la carrera administrativa, se le mantendrá por el término de un (1) año contado a partir de la notificación de esta providencia, en el lugar preeminente que alcanzó, para acudir a él, si así lo decide, en la primera oportunidad que exista de ocupar una posición concorde con su capacitación.²⁸

VI. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de tutela proferido el 14 de octubre de 2011 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela presentada por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja que revocó, a su vez, el dictado el 13 de septiembre de 2011 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que concedió el amparo solicitado.

En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de Lidia Aurora Rodríguez Avendaño.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja - ECOVIVIENDA-, a través de su Gerente o a quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, le comunique a Lidia Aurora Rodríguez Avendaño, si existe una plaza vacante en un cargo equivalente a aquél para el cual concursó de manera exitosa, y nombrarla de manera inmediata. En caso de que no exista una plaza disponible igual, porque no existen vacantes o porque todos los cargos equivalentes al de la señora Rodríguez Avendaño están siendo ocupados por personas vinculadas a través de la carrera administrativa, se le mantendrá por el término de un (1) año contado a partir de la notificación de esta providencia, en el lugar preeminente que alcanzó, para acudir a él, si así lo decide, en la primera oportunidad que exista de ocupar una

posición concorde con su capacitación.

Tercero.- ORDENAR que la Defensoría del Pueblo, Regional Bogotá, dentro del ámbito propio de sus competencias, vigile el cumplimiento de la decisión adoptada en esta providencia.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Dicho oficio se recibió el 30 de abril de 2009.

2 Ver, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009 y T-764 de 2010.

3 Consultar, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993, SU-544 de 2001, T-514 de 2003, SU-037 de 2009, T-715 de 2009 y T-715 de 2009.

4 Véanse las Sentencias SU-133 de 1998, SU-961 de 1999 y T-136 de 2005.

5 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

6 “Cfr. SU 458/93; T-209/94; T-379/94; T-400/94 y T-533/94, T-047/95”.

7 “T-046/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).”

8 “Ello se presenta, por ejemplo, cuando un sujeto tiene el derecho a encabezar la lista de elegibles o acceder a un cargo público, porque ha obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso de méritos. En estos eventos, si la autoridad nominadora se abstiene de nombrar y posesionar a quien tiene el correspondiente derecho, se produce una discriminación que compromete seriamente la confianza de los particulares en el Estado (art. 83 C.P.), el derecho de acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos (art. 13 y 40 CP), el debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho al trabajo (art. 25 C.P.). La cuestión a resolver, en estos casos, es puramente constitucional, pues no existe ningún asunto dudoso desde el punto de vista legal o reglamentario. De otra parte, el mecanismo ordinario que podría ser utilizado, no es plenamente idóneo para resarcir los eventuales daños. En consecuencia, siguiendo la doctrina de la sentencia T- 100/94 (MP. Carlos Gaviria Díaz) la tutela se concede como mecanismo principal para evitar la lesión de los derechos fundamentales involucrados. En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-256/95 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-286/95 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-325/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-326/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-372/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-398/95 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-433/95 (M.P. Herrando Herrera Vergara); 475/95 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-455/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-459/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-083/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU 133/98 (MP José Gregorio Hernández Galindo).”

9 Ver, Sentencia C-1230 de 2005.

10 Ver Sentencia C-901 de 2008. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

11 Ver Sentencias C-040 de 1995 y C-588 de 2009.

12 SU-133 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 M.P. Rodrigo Escobar Gil

14 Ver Sentencia T-156 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. En la mencionada providencia se abordaron las consideraciones que a continuación se esbozan en relación con

los derechos constitucionales fundamentales de los primeros puestos en los concursos de méritos.

15 Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

17 Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

18 Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

19 Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

20 Sentencias C-040 de 1995, T-451 de 2002 SU -086 de 1999 y T-1701 de 2000,

21“En la sentencia SU- 086 de 1999, la Corte precisó: “También es claro que, por su misma definición, el concurso debe ser objetivo y que, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer.....”. En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia SU-613 de 2002”.

22 T-962 de 2004 MP Clara Inés Vargas Hernández. Se estudió el caso de un accionante que a pesar de haber ocupado el primero puesto en la lista de elegibles para el cargo de Juez Promiscuo Municipal, al presentarse las vacantes se había nombrado a quien no estaba incluido en la lista, por lo cual la Corte procedió a amparar sus derechos.

23 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

24 Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008.

25 C-991 de octubre 12 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 M.P. Hernando Herrera Vergara.

27 Sentencia T-512 de 2001, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

28 Similar decisión se adoptó en la sentencia T-204 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.