

Sentencia T-623-09

Referencia: expediente T- 2273652

Acción de tutela instaurada por José de la Paz Berrío Berrío contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y otro.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, dentro de la acción de tutela instaurada por José de la Paz Berrío Berrío contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad del Sinú.

I. ANTECEDENTES.

El actor promovió acción de tutela en noviembre 19 de 2008, aduciendo vulneración de los derechos “a la igualdad, al trabajo y al debido proceso”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato efectuado por el demandante.

1. El señor José de la Paz Berrío Berrío asevera que se viene desempeñando como docente desde el 2004, en el Centro Educativo Boca de los Días, sede Pajonalito, mediante nombramiento en provisionalidad.

2. En junio 26 de 2006 participó en “el concurso de meritos para docentes para las

comunidades étnicas y que cuyo examen lo realice en las instalaciones de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR” (f. 1 cd. inicial, sic).

Sostiene que luego de haber sido publicados los resultados, comprobó que “era una de las personas que había pasado y aprobado el concurso, por lo cual el paso a seguir era la entrevista”.

3. Por otra parte, aduce que envió a la Comisión Nacional del Servicio Civil la documentación, incluida la certificación de terminación de estudios, “ya que no me había graduado todavía y por ello no tenía diploma”, obteniendo como respuesta que “la norma superior aplicable en materia de requisitos para los concursos raizales es el decreto 1278 de 2002 o estatuto de profesionalización docente”.

Inconforme con tal decisión, señala que “si bien es cierto que en principio ese sería el decreto aplicable, es menester recalcar que la calidad docente que tengo fue reconocida a mi persona, conforme al decreto 2277 de 1979”.

Expone además que se encuentra “inscrito en 1 escalafón docente, lo que evidencia que si he sido reconocido por el 2277 como docente” (sic). No obstante, a partir de enero 9 de 2009 fue desvinculado del cargo que ocupaba en el centro educativo antes referido.

4. Finaliza afirmando que “desde que me gane el concurso y hasta la fecha, las accionadas se han negado a realizarme la entrevista, la cual es indispensable para poder seguir con el procedimiento de meritos y así lograr obtener unos de los cupos para docente afro descendiente” (sic).

B. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

1. Carta de desvinculación, emanada de la Gobernación de Sucre (f. 4 cd. inicial).

2. Decreto N° 0388 de 2004 “Por el cual se hacen unos nombramientos provisionales a miembros de Comunidades Étnicas en el Departamento de Sucre” entre los cuales se encuentra el señor Berrío Berrío (fs. 8 y 9 ib.).

3. Decreto N° 1065 de 2008, “Por el cual se da por terminado un Nombramiento en Provisionalidad”, correspondiente al docente José de la Paz Berrío Berrío (f. 5 ib.).

4. Acta de grado, sobre el título de “Licenciado en Educación Básica con énfasis en Humanidades, Lengua Castellana e Inglés”, al igual que el respectivo diploma, conferido por la Corporación Universitaria del Caribe, Cekar (fs. 6 y 7 ib.).

5. Reclamación presentada por el señor Berrío (julio 29 de 2008, fs. 11 a 14 ib.) ante la Universidad del Sinú, la Secretaría de Educación Departamental y la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitando “realicen los trámites administrativos pertinentes a corregir... y que el concurso docente afrocolombiano se realice sin cambiar las reglas preestablecidas en el Decreto 3323 de 2005 y 140 de 2006”.

6. Resultados de Prueba de Análisis de Antecedentes de la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde se observa que José de la Paz Berrío Berrío no cumple requisitos mínimos (f. 15 ib.).

7. Informe de Resultados expedido por el Icfes sobre el señor Berrío, con un puntaje total de 65.73, “aprobado” (f. 16 ib.).

8. Respuesta al reclamante, emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil en agosto de 2008 anotando que, en cumplimiento del párrafo 1° del artículo 7° del Decreto 1278 de 2002, se publicó en la pagina web del Ministerio de Educación Nacional, antes de iniciar la etapa de inscripciones, “las orientaciones de áreas afines que debían ser tenidas en cuenta por todos los aspirantes al concurso de afrodescendientes y que aplicaba para todo el territorio nacional” (fs. 18 a 21 ib.).

9. En respuesta a la demanda de tutela, la Universidad del Sinú allegó Diploma de la Escuela Normal Superior Mixta “Marina Ariza Santiago”, del Departamento del Atlántico, confirió al señor José de la Paz Berrío Berrío el título de “Bachiller Pedagógico” en junio de 1995 (f. 38 ib.).

C. Respuesta de la Universidad del Sinú.

Mediante escrito presentado en diciembre 1° de 2008, la Rectora y representante legal de la Universidad del Sinú, señaló (transcripción textual, fs. 30 a 37 ib.):

“En la etapa de verificación de requisitos mínimos se encontró en el caso concreto del accionante José de la Paz Berrío Berrío, que él mismo se inscribió para el nivel de Básica

Primaria, debiendo acreditarse uno cualquiera de los títulos establecido en el Nivel de Educación Básica Primaria, lo que no realizó el tutelante pues el título que presentó fue de 'Bachiller Pedagógico', el cual no se encuentra relacionado en el nivel de básica primaria, de acuerdo a la directiva que contiene la orientación de áreas afines para la inscripción en el concurso de meritos a docentes, además, el tutelante viene excluido desde la primera convocatoria del proceso de merito que nos ocupa, precisamente por no haber acreditado el título exigido para el nivel que aspiró.

Se hace énfasis en que la accionante no posee los requisitos mínimos exigidos por las normas para ocupar el cargo, es decir que de continuar en el proceso se estarían vulnerando la normatividad legal, y así se le permitiera continuar no podría tomar posesión en el cargo, pues de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, 'en caso de haberse producido un nombramiento o posesión... sin el cumplimiento de los requisitos... se procederá a su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción'. No es culpa de la Universidad del Sinú que el accionante no tuviera en cuenta lo previsto por la Convocatoria 043 de 2006, el que él haya realizado mal la inscripción no puede ser un error imputable a la Universidad del Sinú..."

D. Escrito presentado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La Asesora Jurídica de la entidad, en respuesta de diciembre 4 de 2008, argumentó que "para el caso concreto... tal y como lo afirma el mismo en su escrito de tutela, no acreditó título alguno; siendo importante señalar que la sola constancia de terminación de estudios no es un documento válido para acreditar el título profesional...".

Agregó que "salta a la vista que conforme a lo previsto en el nuevo estatuto de profesionalización se busca el mejoramiento en la calidad de la educación al servicio del estado, siendo más exigentes en los requisitos para ejercer la profesión docente, lo cual no quiere decir que se vulneren derechos adquiridos, pues los conservan en el empleo que actualmente ostentan en propiedad, ya que es bien sabido un concurso de méritos no genera sino meras expectativas, y se debe ajustar al ordenamiento legal vigente".

Igualmente, "deja claro que la actuación de la administración se ajusta a derecho, pues

se ciñó a las normas que rigen la Convocatoria y a los criterios fijados por el Ministerio de Educación que buscan una mejor prestación en el servicio público de educación a cargo del estado, sin que hayan producido modificaciones normativas por parte de la CNSC”.

E. Sentencia de primera instancia.

Mediante providencia de diciembre 4 de 2008, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala Civil - Familia - Laboral, negó el amparo de los derechos reclamados por el actor, estimando (fs. 61 a 73 cd. inicial):

“El accionante dirigió derecho de petición, a las accionadas con el fin que le manifestaran los criterios o razones que tuvieron en cuenta para excluirlo del concurso en el que venía participando.

No aparece... prueba alguna que permita conocer que efectivamente, los destinatarios recibieron la mentada solicitud, por tanto, no sabemos cuales fueron esos criterios que tuvo en cuenta la CNSC y la Universidad del Sinú, para seleccionar los aspirantes inicialmente, y si tuvo alguna incidencia en la exclusión que sufrió el actor.

En cuanto al debido proceso y al trabajo, se tiene que el actor participó en la convocatoria 04-052, fue excluido del mentado concurso, según lo manifestado en esta solicitud de amparo, no se vislumbra violación a estos derechos fundamentales, ya que en un concurso simplemente se tienen meras expectativas, hasta que finalice...

Además, la Universidad del Sinú, en su contestación al traslado, manifestó que el actor no reunía los requisitos mínimos exigidos.”

Concluyó anotando que “no cabe ninguna duda” respecto a que la protección que solicita el actor pueda obtenerse “a través de otro medio de defensa judicial como lo es la vía contenciosa administrativa”, puesto que “el acto administrativo expedido por el Ministerio Nacional de Educación, es de carácter general, impersonal y abstracto” (f. 72 cd. inicial).

F. Impugnación.

En diciembre 12 de 2008, el accionante impugnó la referida decisión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y agregando que “realmente se me vulnero por las accionadas los derechos invocados, principalmente el debido proceso, pues yo inicialmente había ganado el concurso... y por ello el paso a seguir era la entrevista, pero que posterior ha haber aparecido como si hubiese ganado el concurso en la pagina web de la CNSC, pero cuando ingreso nuevamente, ya no aparecia sino que mi estado en la pagina era la de no cumple los requisitos y por ello estaba sin calificación” (f. 81 ib., sic).

G. Sentencia de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante providencia de marzo 20 de 2009 confirmó la decisión recurrida, considerando entre otros aspectos que “la censura constitucional se dirige a la aplicación del Decreto 1278 de 2002 o Estatuto de Profesionalización Docente, específicamente en lo atinente al cumplimiento de los requisitos exigidos para acreditar el título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior, para acceder al servicio educativo estatal, requisito incumplido por el actor, pues la sola constancia de terminación de estudios es insuficiente o carente de validez para acreditar los títulos aludidos”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Corresponde a esta Sala decidir si en el caso sometido a revisión prospera la demanda de tutela, en cuanto el actor considera que la Universidad del Sinú y la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneraron sus derechos fundamentales “a la igualdad, al trabajo y al debido proceso”, al no tener en cuenta su título de bachiller pedagógico y excluirse de la lista de elegibles, en la convocatoria para la provisión de docentes y

directivos docentes en el Departamento de Sucre.

Tercera. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial eficaz, hace improcedente la acción de tutela, salvo que exista un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte reiteradamente ha señalado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela está supeditado a la inexistencia o la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, cuando éste es idóneo para restablecer el derecho atacado, situación que podrá determinarse por el juez de tutela en el caso concreto, frente a los hechos y el material probatorio correspondiente¹.

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al presupuesto de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 taxativamente se consagraron las causales de improcedencia de la acción de tutela (num. 1°).

Esa subsidiaridad guarda relación con el papel que también le corresponde al juez en sus actividades comunes, como guardián de los derechos fundamentales y de la Constitución que en todo proceso le corresponde ser². Así, deviene claramente que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo a utilizar per se para obtener el amparo de derechos fundamentales cuando exista otra vía de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado y debe ser inminente y grave³.

Cabe repetir, de esta manera, que el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela implica que ésta sólo pueda ser ejercida cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aún existiendo resulte ineficaz, o que sea necesario el amparo, en forma transitoria, para evitar que se produzca un perjuicio irremediable.

Al respecto en sentencia T-128 de febrero 22 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación expuso:

“... dado que contra los actos administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que ‘no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alternativo, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.’⁴

La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio. Así lo señaló en la sentencia T-514 de 20035 en donde indicó al respecto lo siguiente:

‘la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’.

No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva⁶.”

Por tanto, como regla general relacionada con lo anteriormente expuesto, la acción de tutela que pretenda atacar un acto administrativo es improcedente, pues en el ordenamiento jurídico está consagrada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa judicial propio, específico y eficaz, que inclusive prevé la suspensión provisional, excluyendo la protección prevista en el artículo 86 de la Carta, salvo la existencia de un perjuicio irremediable.

Cuarta. El caso bajo estudio.

1. Corresponde a la Sala de Revisión determinar si en realidad fueron conculcados los derechos fundamentales reclamados por el actor, debido a que presentó en junio de 2006 prueba para el concurso público abierto de méritos tendiente a proveer cargos directivos y docentes etno educadores en el Departamento de Sucre (f. 16 cd. inicial), obteniendo como puntaje 65.73 con resultado aprobado, pero fue excluido por no haber acreditado título de licenciado o profesional. Adicional a ello, en octubre de 2008 la Gobernación de Sucre dio por terminado su nombramiento como docente en provisionalidad.

Posteriormente, allegó diploma y acta de grado como licenciado en educación básica con énfasis en humanidades, lengua castellana e inglés, con graduación en diciembre de 2007.

Se debate entonces la legalidad de los actos mediante los cuales se dispuso excluir del concurso de méritos al demandante, asunto que debe resolver la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si el peticionario ejerciere la acción correspondiente. Por ello, es en esa esfera de la Administración de Justicia donde procedería decidir acerca de la presunta violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, de insistirse sobre las circunstancias dentro de las cuales se ha expedido un acto y las consecuencias eventualmente generadas en contra de derechos fundamentales.

Así las cosas, ante actos administrativos, amparados por la presunción de legalidad, que generen inconformidad en cuanto a consecuencias consideradas como ilegítimamente nocivas, la preceptiva vigente prevé los mecanismos contenciosos y los estrados judiciales competentes. Consecuentemente, si la legalidad de los actos reprochados no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es la acción de tutela el medio idóneo para encauzar pretensiones no reclamadas apropiadamente.

2. Reiterando lo expuesto, en términos normativos y jurisprudenciales, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de derechos fundamentales, frente a lo cual el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces.

Entonces, como ha establecido la Corte Constitucional en desarrollo del inciso 3° del artículo 86 superior, hay lugar a la procedencia de la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó este instrumento de amparo, señala que la existencia de esos medios de defensa principales debe ser apreciada en concreto, en lo que respecta a su eficiencia, frente a las circunstancias particulares en las que se encuentra el solicitante.

Tal perjuicio irremediable también se estructura cuando: “(i) los medios de defensa ordinarios no sean idóneos para evitar o poner fin a la vulneración del derecho fundamental invocado, y (ii) que en el caso concreto se requiera de medidas urgentes e impostergables para evitar la consumación del perjuicio irremediable, así existan otros medios de defensa judicial, pero no expeditos, para la protección de los derechos afectados.”⁷

3. De lo antes anotado se colige que, en presencia de otros mecanismos de defensa judicial, es imperativo para el Juez de tutela comprobar con certeza que esos medios resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales, o que la existencia de circunstancias especiales en las que se encuentra el peticionario, hace que el juicio de procedibilidad del amparo sea efectuado con un criterio más amplio.

En conclusión y como bien se decidió en las instancias, no es la acción de tutela el instrumento adecuado para que el actor cuestione el incumplimiento de los requisitos mínimos para concursar. Por ello, al tenor de lo expuesto, la presente acción se torna improcedente.

Así, habrá de confirmarse el fallo que se revisa, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que a su turno había confirmado el dictado por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala Civil – Familia – Laboral, dentro de la acción de tutela instaurada por José de la Paz Berrío Berrío contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad del Sinú; pero se modificará para declarar la improcedencia de la acción impetrada, en lugar de denegar “las pretensiones incoadas por el actor” (f. 72 cd. inicial).

Nótese cómo establecer la procedencia de la acción antecede al análisis de la vulneración o no de un derecho fundamental, estudio que en este caso no se puede acometer, precisamente en cuanto la pretensión que motiva la presente solicitud de amparo debió impetrarse por la vía contenciosa administrativa, que es el “otro medio de defensa judicial”, al cual se hizo referencia desde la sentencia de primera instancia (f. 72 ib.).

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: MODIFICAR el fallo proferido el 20 de marzo de 2009 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que a su turno confirmó el dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala Civil – Familia – Laboral el 4 de diciembre del 2008, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por José de la Paz Berrío Berrío contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad del Sinú

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-1019 de 2008 (octubre 17), M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

2 Cfr. T-069 de enero 26 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

3 Cfr. C-595 de julio 27 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Nota de pie de página en el texto citado: “Corte Constitucional, sentencia T-1204 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En este caso los accionantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la vivienda digna, el de petición y buen nombre al haber sido sancionados por una empresa de servicios públicos domiciliarios con ocasión de la detección de anomalías en sus medidores de energía”.

5 Nota de pie de página en el texto citado: “Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.”

6 Nota original de pie de página en el texto citado. “Ver entre otras, las sentencias T-806 de 2004, Clara Inés Vargas Hernández; T-418 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-811 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-571 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-470 de 2002, MP. Alfredo Beltrán Sierra.”

7 T-538 de julio 13 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.