

ACCION DE TUTELA - Procedibilidad en materia de concurso de méritos, por su carácter excepcional y expedito

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la actora manifiesta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio idóneo para obtener la protección de sus derechos fundamentales, comoquiera que la lista de elegibles de la cual fue excluida tiene una vigencia de tres (3) años, mientras que el proceso contencioso administrativo correspondiente podría durar más de ese término, de tal suerte que aún cuando obtuviera un fallo favorable, éste sería inane. Para la Sala, es claro que la exclusión de la lista de elegibles de quien ha participado en un proceso de selección y ha obtenido un puesto en dicha lista, constituye una circunstancia que puede amenazar y vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo que merecen protección inmediata, la cual no se garantiza mediante el proceso contencioso administrativo, dados sus trámites dispendiosos que podrían prolongarse en el tiempo, más allá de la vigencia de la citada lista de elegibles. Lo anterior pone de presente la ineficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de la entidad demandada de excluir a la actora de la lista de elegibles y da lugar a la procedencia excepcional de la acción de tutela.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedibilidad excepcional de la acción de tutela en estos eventos, Consejo de Estado, sentencia del 3 de febrero de 2011, Rad. 2010-00405-01 y sentencia de 28 de julio de 2011, Rad. 2011-00276-01, MP. Gerardo Arenas Monsalve.

JUNTAS DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - Naturaleza y calidad de sus miembros

Es claro entonces, que las Juntas de Calificación de Invalidez son entidades de naturaleza pública, pertenecientes “al sector de la seguridad social que ejercen una función pública” y que sus miembros son particulares que participan del ejercicio de dicha función.

NOTA DE RELATORIA: ver Corte Constitucional, sentencia C-1002 de 12 de octubre de 2004. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

DESIGNACION COMO MIEMBRO SUPLENTE DE JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ - No excluye al designado de la lista de elegibles para ser nombrado como miembro principal

Es posible que quien es designado como SUPLENTE, jamás pueda acceder al ejercicio del cargo o función pública, si el miembro PRINCIPAL a quien está llamado a reemplazar no llega a faltar temporal o definitivamente. Por lo tanto, la designación de una persona como miembro SUPLENTE no implica el ejercicio efectivo del cargo para el cual concursó, de tal suerte que dicha designación no satisface per se la finalidad del concurso público, cual es, el acceso a la conformación, ejercicio y control del poder público, conforme quedó visto en párrafos precedentes y, en esa medida, no existe razón legal que justifique la exclusión de la lista de elegibles de quien ha sido designado miembro suplente en la Junta de Calificación de Invalidez.... lo procedente es que el designado suplente, acepte su nominación, sin que ello implique la exclusión de la lista de elegibles, pues ello sólo será posible cuando se haya garantizado el acceso efectivo del suplente al ejercicio de las funciones públicas que motivaron su

participación en el concurso. Por tal razón, y para no hacer nugatorio el fallo de primera instancia, se adicionará la sentencia, en el sentido de otorgarle a la demandante, una nueva oportunidad para aceptar el cargo de suplente que, se repite, no dará lugar a su exclusión de la lista de elegibles, hasta tanto entre en el ejercicio efectivo de sus funciones en forma definitiva. Aclarándole a la actora que si NO ACEPTA dicha designación será excluida de la mencionada lista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2463 DE 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00255-01(AC)

Actor: MARY PACHON PACHON

Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte demandada, contra el fallo de 29 de marzo de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que concedió la tutela deprecada.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La Solicitud.

La señora **MARY PACHON PACHON**, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de tutela, interpuso demanda contra el **MINISTERIO DEL TRABAJO**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, al excluirla de la lista de elegibles para proveer los cargos de Miembros de la Junta de Calificación de Invalidez.

I.2.- Hechos.

Manifestó que en virtud del Contrato Interadministrativo 362 de 2010, suscrito entre la Universidad Nacional de Colombia y el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo, se realizó la convocatoria a concurso para el cargo de Miembro de Junta de Calificación de Invalidez.

Aseguró que como resultado del concurso, el día 6 de octubre de 2011, se expidió la lista de elegibles, en la cual ocupó el quinto lugar, dentro del Perfil 3-Abogados.

Sostuvo que mediante la Resolución núm. 4726 de 12 de octubre de 2011, emanada del Ministerio de la Protección Social, se integraron las Juntas de Calificación de Invalidez en cuatro salas, para las cuales en dicho acto administrativo se designaron los miembros principales y sus respectivos suplentes.

Informó que mediante dicha Resolución fue designada como suplente de la abogada DIANA GUZMAN LARA, para la Sala núm. 1 y que esta decisión se le comunicó mediante Oficio núm. 00332385, recibido el 1° de noviembre de 2011.

Afirmó que por Oficio núm. 347075 de 9 de noviembre de 2011, dirigido al Director de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social, manifestó que no aceptaba tal designación como suplente, pero que no renunciaba a la lista de elegibles.

Mencionó que dicha solicitud fue respondida mediante Oficio núm. 030936 de 1° de marzo de 2012, suscrito por la Directora de Riesgos Profesionales (E) del citado Ministerio en el sentido de que, de conformidad con lo dispuesto en el

Decreto 2463 de 20 de noviembre 2001, no es procedente su permanencia en la lista de elegibles, por no haber aceptado la designación que le fuera hecha.

A juicio de la actora, en la convocatoria a concurso para acceder a las Juntas de Calificación de Invalidez, se estableció la posibilidad de aspirar al cargo de miembro principal, no de suplente, pues éste último no tiene contraprestación alguna.

Agregó que si bien es cierto que el Decreto 2463 de 20 de noviembre 2001 permite designar a los suplentes de la lista de elegibles, ello no quiere decir que quien es objeto de tal designación pierda el derecho a permanecer en la lista de elegibles, razón por la cual calificó de arbitraria y violatoria del debido proceso su exclusión de la misma por el hecho haber sido designada como suplente y haber renunciado a esta calidad.

Señaló que la tesis de la entidad demandada, en la práctica, llevaría al absurdo de que al retirarse alguno de los miembros principales de cualquiera de las Salas de la Junta de Calificación de Invalidez, dicha vacante sea provista por quienes obtuvieron menor puntaje en el concurso, comparados con aquellos que fueron designados como suplentes, lo cual desconoce abiertamente el carácter objetivo de la selección y quebranta el artículo 125 de la Constitución Política.

Estimó que en el presente asunto, la acción de tutela se interpuso con miras a evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que la lista de elegibles tiene una vigencia de tres (3) años, conforme lo prevé el inciso 5° del artículo 17 del Decreto 2463 de 2001 y que el eventual proceso judicial que se promueva en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podría durar más de tres (3) años.

I.3.- Pretensiones.

Solicitó el amparo de sus derechos fundamentales en el sentido de que se ordene al Ministerio del Trabajo no excluirla de la lista de elegibles definitiva del concurso público para la selección de las Juntas de Calificación del País, durante la vigencia de ésta o hasta tanto sea reemplazada por otra lista.

Que en el caso de que se presente una vacante en los miembros principales de las actuales Salas 1 a 4 de Decisión de la Junta Nacional, se ordene su nombramiento, por ocupar el primer puesto en la lista de elegibles.

Que en el momento en que se cree una nueva Sala, se ordene su nombramiento en forma inmediata.

I.4.- Defensa.

I.4.1.- La Universidad Nacional de Colombia, quien fuera vinculada al proceso por el a quo mediante auto de 20 de marzo 2012, actuando mediante la Jefe de Oficina Jurídica, manifestó que en el presente asunto la acción de tutela es improcedente, por cuanto dicha entidad no ha incurrido en conducta alguna, activa u omisiva, que haya vulnerado derechos fundamentales.

Aseguró que no le asiste legitimación en la causa por pasiva, porque su actividad dentro del concurso de méritos para proveer las Juntas de Calificación de Invalidez, se limitó a la realización del proceso de selección y a la elaboración de la lista de elegibles, mientras que la acción de tutela de la referencia se dirige contra el Ministerio de la Protección Social, por la designación de los miembros de dichas Juntas, sobre lo cual la Universidad Nacional no tiene injerencia alguna.

I.4.2.- El Defensor del Pueblo, Regional Bogotá, quien también fue vinculado al proceso por el a quo, señaló que no integra la parte demandada en este proceso y que se abstiene de emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

I.4.3.- El Ministerio del Trabajo, actuando por conducto del Asesor Código 1020 Grado 9 de la Oficina Asesora Jurídica, aseguró que no le ha dado a la actora un trato diferente en relación con los demás participantes del concurso, frente a los cuales se ha respetado el procedimiento establecido en el Decreto 2463 de 2001.

Señaló que la demandante no se posesionó del cargo para el cual fue designada, ni allegó certificado de no vinculación con entidades de seguridad social, vigilancia y control y, que en consecuencia, no puede pretender por vía de la acción de tutela, su no exclusión de la lista de elegibles.

Argumentó que en este caso, la acción de tutela es improcedente, porque tal como lo demuestra el Oficio núm. 347975 de 10 de noviembre de 2011, la actora manifestó expresamente que "NO ACEPTA" el cargo de miembro suplente en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de tal suerte que se abstiene de posesionarse del mismo y con ello incumple lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2463 de 20 de noviembre de 2001.

Aseguró que de conformidad con dicha norma, se entiende que son miembros de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tanto los principales como los suplentes y agregó que el artículo 12 del mismo Decreto establece claramente que la designación de unos y otros corresponde al Ministerio del Trabajo.

Reitera que la demandante fue designada como miembro suplente en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que ésta no aceptó tal designación y que, por lo tanto, debe ser excluida de la lista de elegibles, pues en la misma solo pueden permanecer los participantes que no han sido objeto de designación o nombramiento.

Concluyó entonces que no existe mérito para otorgar la tutela deprecada.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante sentencia de 29 de marzo de 2012, tuteló los derechos fundamentales de la actora, ordenándole al Ministerio del Trabajo que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la providencia, adopte las medidas necesarias para que la señora Mary Pachón Pachón permanezca en el registro de elegibles realizado para integrar las Juntas de Calificación de Invalidez del País - Perfil 3 Abogados y que, una vez cumpla con esta orden, envíe prueba idónea de dicho cumplimiento. Por otra parte, señaló que la actora deberá atenerse a la efectiva concreción de la eventual vacante, caso en el cual, el Ministerio del Trabajo procederá conforme a la Ley.

Como fundamento de su decisión, el a quo encontró probado que la demandante participó en el concurso público para la selección de elegibles para las Juntas de Calificación de Invalidez; que fue designada en la Primera Sala de Decisión como miembro suplente de la abogada Diana N. Guzmán Lara; que a pesar de que aquella manifestó no aceptar la designación, solicitó no ser excluida de la lista de elegibles durante los 3 años de su vigencia y que esta petición le fue denegada.

Transcribió el artículo 12 del Decreto 2463 de 2001, según el cual las Juntas de Calificación de Invalidez estarán conformadas por el número de salas que determine el Ministerio del Trabajo, quien designará a sus miembros principales y a sus respectivos suplentes.

Estimó que no existe en la Ley disposición alguna *“que autorice al Ministerio de Trabajo para impedirle a la demandante su permanencia en el registro de elegibles”*, por lo cual es procedente otorgar la tutela deprecada.

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

El Ministerio del Trabajo, parte demandada, argumentó que no le asiste razón al Tribunal, cuando asegura que no existe norma alguna que permita excluir a la actora de la lista de elegibles, habida cuenta de que los artículos 4° y 18 del Decreto 2463 de 2001 establecen la obligación clara de posesionarse en el cargo para el cual se ha designado, dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación de la designación.

Aseguró que aceptar la permanencia de la demandante en la lista de elegibles viola abiertamente el artículo 12 del Decreto 2463 de 2001, según el cual la suplencia es de carácter personal.

Reiteró que no se ha violado el derecho a la igualdad de la demandante, pues no ha recibido trato distinto del que se ha dado a los demás participantes del concurso e integrantes de la lista de elegibles, que también fueron designados como suplentes.

Solicitó, entonces, revocar el fallo impugnado y, en su lugar, denegar el amparo deprecado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Dicha acción se establece como medio subsidiario, es decir, que solo procede cuando el afectado no disponga de otros instrumentos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, con miras a evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto, la demandante pretende que se deje sin efectos la decisión contenida en el Oficio 030936-1 de 1° de marzo de 2012, suscrito por la Directora de Riesgos Profesionales (E) del Ministerio del Trabajo, por medio del cual se le niega a la actora su solicitud de permanencia en la lista de elegibles para proveer las Juntas de Calificación de Invalidez, por haber manifestado que “NO ACEPTA” la designación que le fuera hecha como suplente.

A juicio de la demandante, tal decisión vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, pues la finalidad de quien participa en un proceso de selección es ocupar un cargo que comporte una remuneración, lo cual no ocurre con el cargo de suplente. Además, asegura que la exclusión de la correspondiente lista de elegibles, por el hecho de que se negó a aceptar la designación como suplente, da lugar al absurdo de que ante la eventual vacante

definitiva de alguno de los cargos de miembro principal, se privilegie a quienes obtuvieron un menor puntaje frente a los suplentes.

Dicha decisión constituye un acto administrativo de contenido particular y concreto, cuya legalidad debe debatirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A. En tales circunstancias, la acción de tutela sería improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, cuyo numeral 1º se transcribe:

“ART. 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

(...)”

Sin embargo, excepcionalmente la acción de tutela procede aún cuando exista otro medio de defensa judicial si éste no resulta eficaz, tal como se deduce del texto de la disposición transcrita cuando señala que *“La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la actora manifiesta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio idóneo para obtener la protección de sus derechos fundamentales, comoquiera que la lista de elegibles de la cual fue excluida tiene una vigencia de tres (3) años, mientras que el proceso contencioso administrativo correspondiente podría durar más de ese término, de tal suerte que aún cuando obtuviera un fallo favorable, éste sería inane.

Para la Sala, es claro que la exclusión de la lista de elegibles de quien ha participado en un proceso de selección y ha obtenido un puesto en dicha lista, constituye una circunstancia que puede amenazar y vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo que merecen protección inmediata, la cual no se garantiza mediante el proceso contencioso administrativo, dados sus trámites dispendiosos que podrían prolongarse en el tiempo, más allá de la vigencia de la citada lista de elegibles.

Lo anterior pone de presente la ineficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de la entidad demandada de excluir a la actora de la lista de elegibles y da lugar a la procedencia excepcional de la acción de tutela, a la luz de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 antes transcrito, por lo cual se abordará el estudio de fondo del presente asunto.

- Del asunto de fondo.

En el caso concreto se encuentra probado lo siguiente:

- A folio 8 obra la lista de elegibles definitiva, publicada el 6 de octubre de 2011, dentro del Concurso Público para la Selección de Elegibles para las Juntas de Calificación de Invalidez del País, en la cual consta que la demandante señora Mary Pachón Pachón, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 41.737.900, ocupó el puesto núm. 25, dentro del Perfil 3 Abogados, con un puntaje de 78.0.
- A folios 15 a 26 obra la **Resolución núm. 4726 de 12 de octubre de 2011**, emanada del Ministerio de la Protección Social, *“Por la cual se designan los*

miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez y se adicionan Salas de Decisión de la Junta Nacional y de algunas Juntas Regionales con base en la Lista de Elegibles producto del Contrato Interadministrativo No.362 de 2010 suscrito con la Universidad Nacional de Colombia y se dictan otras disposiciones”, en la cual consta que la actora Mary Pachón Pachón fue designada como Miembro Suplente de la señora Diana N. Guzmán Lara (Miembro Principal), en la Primera Sala de Decisión.

- A folios 27 a 29 se encuentra el Oficio núm. 347075, radicado el 10 de noviembre de 2011, suscrito por la actora, dirigido al Director General de Riesgos Profesionales (E) del Ministerio de la Protección Social, por medio del cual manifiesta que:

“... la figura de la SUPLENCIA en la práctica es verdaderamente excepcional, para las ausencias temporales del MIEMBRO PRINCIPAL. Siendo así, en principio, no tiene sentido para mí nombrar de la lista de elegibles a un SUPLENTE que ocasionalmente va a actuar. Nadie se presenta a un concurso para ser SUPLENTE...

...

6. En tal virtud, en el caso de los abogados, las cuatro mencionadas salas habrán de proveerse, como MIEMBROS PRINCIPALES, con quienes hayan ocupado los mismos lugares en la lista de elegibles, como en efecto se hizo, A partir del quinto, ocupado por la suscrita, seguimos las personas en lista de elegibles, para que, en el evento de no aceptación o renuncia de alguno de aquellos, el aspirante que se encuentre seguidamente en dicha lista, lo reemplace como MIEMBRO PRINCIPAL.

...

Por lo tanto, en forma comedida, manifiesto que **NO ACEPTO** el cargo de MIEMBRO SUPLENTE DE LA JUNTA NACIONAL DE INVALIDEZ.

PETICION.

Al estar actualmente en primer lugar de la lista de elegibles , al quedar una vacante de MIEMBRO PRINCIPAL, en cualquiera de las Salas, por renuncia o cualquier otra circunstancia, solicito ser nombrada en forma inmediata en ese cargo, toda vez que, reitero, no concursé para una Sala en particular, sino para la Junta en general. Por tanto, **NO renuncio a permanecer en la lista de elegibles**, durante los tres años de su vigencia.”

- Dicha petición, fue resuelta por la entidad demandada, mediante Oficio núm. 030936 de 1° de marzo de 2012, en el cual manifestó que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 100, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el Ministerio debe designar tanto a los miembros principales como a los suplentes en el mismo acto de la conformación de las Juntas, con base en la lista de elegibles. Agregó que, tal como lo establece el artículo 12 del Decreto 2463 de 2001, el cargo de suplente es personal y que, al no haber sido aceptado este cargo, no hay razón para mantenerla en la lista de elegibles.
- A folios 33 a 36 obra la Convocatoria para ***“Realizar el Concurso Público de Selección de elegibles para integrar las Juntas Nacional de Calificación de Invalidez y Regionales de Calificación de Invalidez del país”***.

Las pruebas mencionadas, dan cuenta de que la demandante, señora Mary Pachón Pachón, participó en la Convocatoria realizada por el entonces denominado Ministerio de la Protección Social para *“Realizar el Concurso Público de Selección de elegibles para integrar las Juntas Nacional de Calificación de Invalidez y Regionales de Calificación de Invalidez del país”*; que fue incluida en la correspondiente lista de elegibles, en el puesto número 25 del Perfil 3 Abogados; que fue designada como **MIEMBRO SUPLENTE** en la Primera Sala de Decisión; que manifestó expresamente que **NO ACEPTA** tal designación, pero solicitó no ser excluida de la lista de elegibles mientras exista la posibilidad de ser nombrada como miembro principal de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y/o mientras se encuentre vigente la citada lista y que dicha petición fue negada por la parte demandada, quien considera que no hay lugar a que la actora permanezca en lista de elegibles porque ya fue designada como MIEMBRO SUPLENTE y declinó tal nombramiento.

La demandante sostiene que el cargo de SUPLENTE no comporta remuneración alguna, por lo cual éste no le interesa y estima que la no aceptación del mismo no puede acarrear su exclusión de la lista de elegibles, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, bajo el entendido de que, a su juicio, *“nadie concursa para ser suplente”*.

En tales circunstancias, el problema jurídico del caso concreto, consiste en establecer si la designación como Miembro Suplente en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez implica que se excluya de la lista de elegibles a quien es objeto de dicho nombramiento.

Para resolver el interrogante propuesto, la Sala estima útil hacer algunas precisiones acerca de la naturaleza jurídica de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y de sus miembros, así como de la finalidad del concurso de méritos para acceder a cargos públicos.

Al efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“a. Naturaleza jurídica de las juntas de calificación de invalidez

De acuerdo con el contenido de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, las juntas de calificación de invalidez son organismos de creación legal, conformados por particulares que tienen a su cargo la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. A simple vista podría pensarse que como los miembros de las juntas de calificación de invalidez son particulares, dichas juntas son entidades privadas.

Sin embargo, diferentes rasgos permiten a la Corte llegar a una conclusión distinta, que obliga a considerar a las juntas de calificación de invalidez como organismos del Sistema de Seguridad Social del orden nacional.

El primer criterio que lleva a dicha conclusión es que las juntas de calificación de invalidez son entes de creación legal; para su constitución no interviene la voluntad privada. En segundo lugar, su

estructura general está determinada por la ley, lo que indica que no es la iniciativa privada la que señala su composición interna. Adicionalmente, las juntas de calificación de invalidez desempeñan funciones públicas, como son las relacionadas con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema general de la seguridad social.

En otro sentido, la composición de las juntas de calificación de invalidez está asignada a una autoridad del nivel central de la administración pública: el Ministerio de la Protección Social, autoridad encargada de la vigilancia y control de las juntas.

...

Finalmente, el hecho de que los miembros de las juntas de calificación de invalidez sean particulares no desvirtúa el hecho de las juntas en sí mismas consideradas sean órganos de la Seguridad Social, pues **son múltiples los casos en que los particulares, sin perder su condición de tales, actúan al servicio de la administración en un procedimiento que se encuentra plenamente avalado por la Constitución Política.**

En efecto, en relación con este último aspecto, es indispensable señalar que la jurisprudencia constitucional ha admitido la presencia de **particulares en el ejercicio de funciones públicas, presencia que se realiza de múltiples maneras según lo autorizan los artículos 123 y 210 de la Carta Política.**

...

Así pues, a manera de conclusión, **esta Corte considera que las juntas de calificación de invalidez son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares.**

...

Así pues, de la jurisprudencia en cita es posible concluir que en las juntas de calificación de invalidez los particulares participan en el ejercicio de las funciones públicas según la tercera modalidad indicada, lo cual se encuentra ampliamente habilitado por la Carta Política.

En tales condiciones, la metodología de participación de los particulares en el ejercicio de la función administrativa no implica pérdida alguna de la dirección, coordinación y control de la seguridad social por parte del Estado, pues además de que los particulares ejercen sus funciones en el seno de una entidad pública del orden nacional, el Ministerio de la Seguridad Social conserva la potestad de control respecto de las mismas.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Corte es claro que el legislador no ha quebrantado las normas constitucionales que permiten a los particulares ejercer funciones administrativas, pues en el caso de las juntas de calificación de invalidez, dichas funciones se ejercen en el seno de una entidad pública, lo cual garantiza que el desempeño de las

mismas sigue a cargo del Estado (Art. 48 C.P.), que simplemente se asesora de especialistas para emitir un concepto que requiere de conocimientos especializados. En consecuencia, la norma será declarada exequible por este aspecto.”¹ (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Es claro entonces, que las Juntas de Calificación de Invalidez son entidades de naturaleza pública, pertenecientes *“al sector de la seguridad social que ejercen una función pública”* y que sus miembros son particulares que participan del ejercicio de dicha función.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la **finalidad del concurso de méritos** y de los derechos fundamentales que pueden resultar amenazados o vulnerados cuando las actuaciones de las autoridades públicas no responden a dicha finalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que:

“El 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. **La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje.** A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado. Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo, a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos, realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático.

...

El derecho consagrado en el artículo 13 de la Constitución es desconocido de manera abierta, muy específicamente en cuanto atañe a la igualdad de oportunidades, toda vez que se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige, y trato peyorativo a quien

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1002 de 12 de octubre de 2004. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

es rechazado no obstante el mérito demostrado. Como lo ha sostenido la doctrina constitucional, las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas de idéntica manera, al paso que las hipótesis diversas han de ser objeto de medidas y decisiones diferentes, acordes con los motivos que objetivamente correspondan a la diferencia. Con mayor razón, si en el caso específico una de ellas se encuentra en condiciones que la hacen merecedora, justificadamente y según la Constitución, de un trato adecuado a esa diferencia, resulta quebrantado su derecho a la igualdad **si en la práctica no solamente se le niega tal trato sino que, pasando por encima del criterio jurídico que ordena preferirlo, se otorga el puesto que le correspondería a quien ha demostrado un nivel inferior en lo relativo a las calidades, aptitud y preparación que se comparan.** Es evidente que la igualdad de oportunidades exige que en materia de carrera, el ente nominador respete las condiciones en las cuales se llamó a concurso.

...

El derecho al trabajo y el de desempeñar cargos y funciones públicas aparece lesionado en el caso de la persona no elegida que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, con notorio desconocimiento del artículo 25 de la Carta Política, que reconoce a toda persona el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, y del 40, numeral 7, **ibídem**, a cuyo tenor **tal posibilidad hace parte del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Esa persona es privada del acceso a un empleo y a una responsabilidad pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía ciertas condiciones -ganar el concurso, en el caso que se examina-, sería escogida para el efecto.** De allí también resulta que, habiendo obrado de buena fe, confiando en la aplicación de las reglas que el Estado ha debido observar, el aspirante debe soportar una decisión arbitraria que no coincide con los resultados del proceso de selección.”² (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Lo anterior pone de presente que, tal como lo advierte la actora en su demanda de tutela, la finalidad de un concurso de méritos es permitir el acceso efectivo al poder público, es decir, la participación en el ejercicio de las funciones públicas, por parte de quien ha obtenido el mejor puntaje, lo cual se refleja en su inclusión en la correspondiente lista de elegibles.

² Corte Constitucional, sentencia de 2 de abril de 1998, proferida en el expediente núm. SU-133. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el cargo de **SUPLENTE** en la Junta de Calificación de Invalidez, el Decreto 2463 de 2001, establece en sus artículos 12, inciso 1°, 17, incisos 1°, 2° y 5°, 47, 48, 49, 50, inciso 3° y 52, numeral 1°, lo siguiente:

“ARTICULO 12.-Conformación de las juntas de calificación de invalidez. Las juntas nacional y regionales de calificación de invalidez **estarán conformadas por el número de salas de decisión** que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual designará a sus **integrantes principales y a sus respectivos suplentes**, quienes tendrán el carácter de personales.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“ARTICULO 17.-Selección de miembros e integración de las juntas de calificación de invalidez. Quien aspire a ser miembro de las juntas de calificación de invalidez deberá inscribirse en la dirección general de salud ocupacional y riesgos profesionales o en las direcciones territoriales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, adjuntando los documentos que acrediten los requisitos.

La dirección general de salud ocupacional y riesgos profesionales realizará **una selección pública y objetiva de los candidatos**, calificando aspectos académicos, experiencia y análisis de antecedentes, dentro de lo cual se valorará su desempeño cuando con anterioridad haya sido miembro de una junta.

...

Los resultados obtenidos serán públicos, de ellos se elaborará la **lista de elegibles iniciando por quienes obtuvieron mayor puntaje y su vigencia será de tres (3) años.**” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“ARTICULO 47.-De los impedimentos y recusaciones. Los miembros de las juntas de calificación de invalidez estarán sujetos al régimen de impedimentos y recusaciones aplicables a los jueces de la República, conforme con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Para el trámite de los impedimentos y recusaciones se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan y conocerán de éstos la misma junta, con exclusión del miembro impedido o recusado. **Para esta decisión se citará al respectivo suplente.**

Si prospera la recusación por más de seis (6) veces en el respectivo semestre, la junta procederá a convocar al suplente para que actúe de manera permanente en reemplazo del miembro

principal, para lo cual dará aviso a la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo y a la dirección general de salud ocupacional y riesgos profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“ARTICULO 48.-Renuncias. En caso de renuncia de cualquiera de los integrantes, se procederá a su reemplazo durante el período faltante, por el suplente si lo hubiere, o por quien designe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de conformidad con el artículo 17 del presente decreto.

Las renunciaciones deberán ser presentadas al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, con copia dirigida a la dirección general de salud ocupacional y riesgos profesionales, así como a la junta de calificación de invalidez.

La permanencia en el cargo del miembro que presente renuncia se extiende **hasta la fecha en que el suplente o el nuevo miembro entre en ejercicio de sus funciones**.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“ARTICULO 49.-Actuación de suplentes. Los miembros suplentes tienen el carácter de personales y su actuación será requerida en los siguientes casos:

1. Cuando por cualquier razón la junta se encuentre parcialmente integrada en la conformación de sus miembros principales.
2. Cuando se haya declarado impedimento o recusación de alguno de los miembros principales.
3. En ausencia de alguno de los miembros principales.”

“ARTICULO 50.-Honorarios. ...

Por cada dictamen emitido por la junta de calificación de invalidez, la entidad correspondiente deberá pagar como honorarios, una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente al momento de la solicitud.

...” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

“ARTICULO 52.-Distribución de honorarios. El secretario de la respectiva junta de calificación de invalidez o sala de decisión, según sea el caso, distribuirá mensualmente los honorarios correspondientes a los dictámenes emitidos, en la siguiente forma:

1. El quince por ciento (15 por ciento) para cada uno de los miembros que hayan ejercido sus funciones en la junta o sala de decisión.

...” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Las disposiciones transcritas establecen claramente que los **SUPLENTE**s designados para las Juntas de Calificación de Invalidez, tienen la calidad de miembros de ésta y que son escogidos y nombrados por el Ministerio del Trabajo, a partir de la lista de elegibles, luego de una selección pública y objetiva de los candidatos, para periodos de tres (3) años, iniciando por quienes obtuvieron mayor puntaje.

También disponen las normas que el SUPLENTE actuará en casos muy puntuales y sólo ante la ausencia temporal o definitiva del miembro PRINCIPAL a quien suple en forma personal. Tales casos son: a) La integración parcial de la Junta, b) Que se haya declarado el impedimento o la recusación de un miembro principal y c) En ausencia de alguno de los miembros principales, quienes, en todo caso, deberán actuar hasta tanto el suplente **“entre en ejercicio de sus funciones”** (art. 48, inc. 3º, Dcto. 2463/01).

Adicionalmente, los preceptos legales mencionados son claros en establecer que los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez, solo devengarán honorarios por dictamen emitido, siempre que hayan ejercido sus funciones en la Junta o Sala de Decisión.

En tales circunstancias, la Sala estima que quien es designado como miembro SUPLENTE en las Juntas de Calificación de Invalidez, no ejerce en forma efectiva las funciones propias del cargo sino hasta tanto falte el miembro principal a quien suple, lo cual es una eventualidad.

Dicho en otras palabras, es posible que quien es designado como SUPLENTE, jamás pueda acceder al ejercicio del cargo o función pública, si el miembro PRINCIPAL a quien está llamado a reemplazar no llega a faltar temporal o definitivamente.

Por lo tanto, la designación de una persona como miembro SUPLENTE no implica el **ejercicio efectivo** del cargo para el cual concursó, de tal suerte que dicha designación no satisface *per se* la finalidad del concurso público, cual es, el acceso a la conformación, ejercicio y control del poder público, conforme quedó visto en párrafos precedentes y, en esa medida, no existe razón legal que justifique la exclusión de la lista de elegibles de quien ha sido designado miembro suplente en la Junta de Calificación de Invalidez.

Así las cosas, se confirmará el fallo impugnado.

No obstante, la Sala estima útil precisar que la conducta de la demandante consistente en declinar la designación que le fuera hecha como suplente, en la citada entidad pública de la seguridad social, y pretender continuar en la correspondiente lista de elegibles, tampoco encuentra respaldo legal, pues, ello abriría la puerta para que ninguno de los miembros de la lista de elegibles aceptara tal designación, haciendo inane la norma que le permite al Ministerio del Trabajo integrar las Juntas de Calificación de Invalidez con dicha lista (arts. 12 y 17 del Dcto. 2463/01).

Por lo tanto, lo procedente es que el designado suplente, acepte su nominación, sin que ello implique la exclusión de la lista de elegibles, pues ello sólo será

posible cuando se haya garantizado el acceso efectivo del suplente al ejercicio de las funciones públicas que motivaron su participación en el concurso.

Por tal razón, y para no hacer nugatorio el fallo de primera instancia, se adicionará la sentencia, en el sentido de otorgarle a la demandante, una nueva oportunidad para aceptar el cargo de suplente que, se repite, no dará lugar a su exclusión de la lista de elegibles, hasta tanto entre en el ejercicio efectivo de sus funciones en forma definitiva. Aclarándole a la actora que si NO ACEPTA dicha designación será excluida de la mencionada lista.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO: ADICIONASE el fallo impugnado en el sentido de **ORDENAR** al Ministerio del Trabajo que otorgue a la demandante, una nueva oportunidad para aceptar el cargo de suplente que, se repite, no dará lugar a su exclusión de la lista de elegibles, hasta tanto entre en el ejercicio efectivo de sus funciones en forma definitiva, aclarándole a la actora que si NO ACEPTA dicha designación será excluida de la mencionada lista.

SEGUNDO: CONFIRMASE la sentencia impugnada en todo lo demás.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

CUARTO: Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez días (10) siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de junio de 2012.

**MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
LASSO**

Presidenta

MARIA CLAUDIA ROJAS

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO