

ACCION DE TUTELA - Improcedente por existencia de otro medio de defensa judicial / ACCION DE TUTELA - Improcedente para dar continuidad a nombramiento en provisionalidad realizado por un periodo determinado

En presente caso, los tutelantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para atacar la legalidad del acto de nombramiento según el cual su vinculación terminaría en la fecha ya señalada, y las normas contenidas en el Acuerdo 067 de 1996, mediante el cual se expidió el Estatuto de Personal Administrativo, que restringe la posibilidad de extender su nombramiento por más de 4 meses. Este caso se diferencia de aquellos en los cuales esta Sección ha considerado que procede el amparo, porque en ellos existe un acto de nombramiento en provisionalidad, que no determina su finalización, como sí sucede en el caso concreto. Así las cosas, si bien esta Sección ha dicho que las listas de elegibles sólo se deben utilizar para proveer los cargos ofertados mediante el acto de convocatoria, y que la decisión de terminar nombramientos en provisionalidad, con fundamento en la utilización de ese registro de elegibles una vez agotada la provisión de los cargos ofertados, puede vulnerar derechos fundamentales; en este caso se trata de una situación diferente, pues existe un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y que dispuso que ese nombramiento no tendría una duración superior a la que pretenden los actores que se les dé por vía del amparo de tutela.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D.C, veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-15-000-2011-01203-01(AC)

Actor: HUGO BENEDICTO MARTINEZ PACHECO

Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La Sala decide la impugnación presentada por la Universidad Nacional de Colombia contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2012 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "D"- decidió:

“PRIMERO: *Se AMPARAN los derechos al trabajo, al acceso a cargos públicos y al debido proceso de los señores HUGO BENEDICTO MARTINEZ PACHECO, JUAN GUILLERMO SANCHEZ PIÑEROS Y PAOLA ANDREA OVIEDO MENDEZ, por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.*

SEGUNDO: *Se ORDENA al RECTOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA o a quien haga sus veces, que se abstenga*

de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de los señores (...) a partir del 1º de febrero de 2012.

TERCERO: *Se ORDENA AL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA o a quien haga sus veces, que una vez le dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, acredite con prueba idónea tal circunstancia ante esta Corporación*

CUARTO: *Se NIEGA el amparo de los derechos invocados por la señora ANGELA MARIA HENAO ARENAS, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.*

(...)”.

ANTECEDENTES

1. La solicitud

Los señores **Hugo Benedicto Martínez Pacheco** y otros ejercieron acción de tutela contra la Universidad Nacional de Colombia para que se protegieran sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la igualdad y de acceso a cargos públicos vulnerados con la decisión de la accionada de proveer los cargos por ellos ocupados en provisionalidad, con las personas que figuran en el registro de elegibles. En consecuencia solicitan:

“ (...) Ordenar a la Universidad Nacional de Colombia, suspender la aplicación de la lista de elegibles vigente para proveer su respectivo cargo, porque no fue objeto del concurso de méritos surtido por la entidad accionada.

*Ordenar a la Universidad Nacional de Colombia, que mis poderdantes, empleados en provisionalidad, quienes no estaban en el rango de cargos ofertados en las respectivas convocatorias, **deben seguir vinculados a la Universidad Nacional de Colombia** y que esa vinculación se mantendrá hasta tanto no se provea el cargo mediante concurso público o se cumplan las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional”.*

2. Hechos

Como hechos relevantes se destacan los siguientes (fls.5 al 7):

La Comisión Nacional de Carrera Administrativa de la Universidad Nacional de Colombia (en adelante CNCA), mediante Comunicado 015 del 3 de noviembre de

2011 (dirigido a la Comunidad Universitaria) y la Resolución CNCA 113 del 4 de noviembre de 2011 (dirigida al Vicerrector de la Sede Bogotá), informó lo acordado por esa Comisión respecto de la aplicación de la lista de elegibles (fl. 28), así:

*“Con ocasión de las discusiones adelantadas por la Comisión (...) en sesión del pasado 27 de octubre de 2011, se acordó **APLICAR LAS LISTAS DE ELEGIBLES** derivadas del Concurso de Méritos 2010 - 2011 para la provisión de cargos vacantes en la planta de personal administrativo de la Universidad, con el fin de suplir varios cargos que actualmente no se encuentran provistos de manera definitiva, y en consecuencia, proceder a nombrar, en estricto orden descendente, a quienes resultaron incluidos en dichas Listas, conforme lo dispone la reglamentación interna, y de acuerdo con los perfiles y exigencias establecidas en el Manual Específico de Funciones y Requisitos, y conforme a los requerimientos de las convocatorias los cargos contemplados en la Planta Global de Personal Administrativo.*

*Así mismo, se acordó que los nombramientos a través de las Listas de Elegibles se realizará a partir del **PRIMERO (1º) DE FEBRERO DE DOS MIL DOCE (2012)**, y en todo caso, para garantizar la continuidad del servicio, se acudirá a la modalidad de provisionalidad, hasta el **TREINTA Y UNO (31) DE ENERO DE DOS MIL DOCE (2012)** de conformidad con la proyección del siguiente cronograma (...)*”

Como consecuencia de lo anterior, los accionantes fueron nombrados, en **provisionalidad**, en los siguientes cargos de carrera, así:

Nombre	Cargo	Nombramiento	Periodo
Hugo Benedicto Martínez Pacheco	Operario Calificado 53003 PCA	Resolución 3845 del 2 de noviembre de 2011 en provisionalidad (fl.122).	Del 4 de noviembre de 2011 al 31 de enero de 2012
Juan Guillermo Sánchez Piñeros	Auxiliar Administrativo 51202 PCA	Resolución 3727 del 26 de octubre de 2011 en provisionalidad (fls.116).	Del 4 de noviembre de 2011 al 31 de enero de 2012

Paola Andrea Henao Arenas	Técnico Operativo 40805 PCA	Resolución 3641 del 20 de octubre de 2011 en provisionalidad (fl.119).	Del 4 de noviembre de 2011 al 31 de enero de 2012
Angela María Henao Arenas	Cajero 50919	Resolución 3680 del 20 de octubre de 2011 en provisionalidad. (No obra en el expediente)	Del 4 de noviembre de 2011 al 31 de enero de 2012

Los tutelantes alegan que sus cargos no fueron ofertados en la Convocatoria 2010-2011 que dio lugar al registro de elegibles que será empleado para proveer en carrera los cargos que ellos ocupan. En ese orden de ideas, aseguran que no tuvieron la oportunidad de concursar para aspirar a éstos.

Lo anterior lo consideran violatorio de sus derechos fundamentales, en cuanto *“no existe un principio de razón suficiente que fundamente la decisión de la administración”* de proveer sus cargos con ese registro de elegibles.

Para sustentar su solicitud, los actores hicieron referencia a la Sentencia SU 446 de 2011, en la que para el caso del concurso desarrollado por la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional consideró la imposibilidad jurídica de utilizar las listas de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria, y en consecuencia, a juicio de los solicitantes, esta providencia creó un fuero de estabilidad para los servidores provisionales que los ocupan, en la medida que no pueden ser retirados de la entidad hasta tanto no se cumplan una serie de requisitos, entre ellos, que el cargo haya sido objeto de concurso.

3. Trámite de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda- Subsección “D”, por auto del 6 de diciembre de 2011, admitió la solicitud de tutela y ordenó correr traslado al Rector de la Universidad Nacional de Colombia.

4. Contestación

La Jefe de la Oficina Jurídica Nacional de la Universidad Nacional de Colombia se opuso a las pretensiones de la tutela y adujo:

La Universidad Nacional de Colombia ostenta un régimen de carrera administrativa especial, establecido en el artículo 69 de la Constitución, en la Ley 30 de 1992 y en la sentencia de constitucionalidad C-746 de 1999. De conformidad con ello, el Consejo Superior Universitario, mediante el Acuerdo 067 de 1996, expidió el Estatuto de Personal Administrativo, dentro del cual se regula la Carrera Administrativa en la Universidad Nacional de Colombia establecido en su capítulo V, como uno de los principios de la Carrera Administrativa, el mérito para la selección e ingreso, promoción por concurso y permanencia en aquélla.

Sobre el nombramiento en provisionalidad este Estatuto dispuso:

Artículo 18: Nombramiento provisional en cargos de Carrera Administrativa. *En ningún caso un cargo de Carrera Administrativa que se encuentre vacante podrá proveerse de manera provisional por un término mayor de **cuatro (4) meses**, período durante el cual debe realizarse concurso para proveerlo, sin perjuicio de la posibilidad de encargar a funcionarios escalafonados.”*

(Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, los accionantes sabían que su nombramiento no podía ser superior a 4 meses, y así se consignó en el acto administrativo de nombramiento y su respectiva posesión.

Por otro lado, el artículo 39 de la Resolución 391 de 2010 de Rectoría señala:

Artículo 39. Utilización de las listas de elegibles de las Sedes. *Las listas de elegibles también podrá utilizarse en otras sedes para proveer empleos vacantes iguales o de inferior jerarquía y con las mismas funciones y requisitos iguales o similares dentro del mismo nivel jerárquico del cargo convocado, según el caso.*

(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente precisó que el cargo de la accionante **Angela María Henao Arenas** sí fue convocado a concurso. Sin embargo, ella decidió inscribirse para otro cargo sin superar el concurso, pues obtuvo un puntaje de 28 sobre 100 y se aprobaba con mínimo 60 puntos.

Respecto del cargo de auxiliar administrativo **51202**, ocupado por el señor **Juan Guillermo Sánchez Piñeros**, señaló que si bien éste no fue convocado a concurso, el de auxiliar administrativo **51204** sí lo fue, y ambos tienen las mismas funciones, por lo que se procedió a nombrar a la persona que se encontraba en turno en el registro de elegibles.

En relación con los demás cargos, en atención a la directriz de la CNCA 113 del 4 de noviembre de 2011 ya citada, la Oficina de Personal se encuentra estudiando los casos particulares sobre la correspondencia del perfil del cargo establecido en el manual de funciones con los cargos convocados a concurso; sin embargo, eso no da lugar a modificar el acto de nombramiento de estos accionantes y extender su periodo por más de cuatro meses en contravía de la reglamentación citada.

Finalmente, indicó que no es cierto que los tutelantes no hayan tenido la oportunidad de participar en las convocatorias, pues se trató de un concurso abierto, y la decisión de no participar no puede ser atribuida a la administración, y menos, generarles un estatus equivalente al de carrera.

5. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda- Subsección “D”, mediante fallo del 17 de enero de 2011 (fls. 68 al 89), concedió el amparo solicitado por los accionantes Hugo Benedicto Martínez Pacheco, Juan Guillermo Sánchez Piñeros y Paola Andrea Henao Arenas, y lo negó respecto de la señora Angela María Henao Arenas, por cuanto el cargo que ella ocupaba sí fue convocado a concurso.

Como fundamento de la decisión de amparar los derechos alegados, el Tribunal consideró:

Respecto de la procedencia de la acción mencionó que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han reiterado que ésta es procedente para controvertir actuaciones en desarrollo de los concursos de méritos, en razón a que en algunos casos los mecanismos de protección no son idóneos.

El a quo encontró que el hecho de proveer un cargo de carrera, no ofertado en la convocatoria, con el registro de elegibles que de ella resulte, vulnera derechos y garantías de naturaleza constitucional, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, Sección Segunda¹, pues las convocatorias son ley para la administración y para los participantes, y en consecuencia, la terminación de la provisionalidad con fundamento en la provisión de ese cargo por concurso, es ilegal y se debe garantizar la permanencia de quien se ve afectado con esa actuación irregular.

6. Impugnación

La Jefe Encargada de la Oficina Jurídica de la Universidad Nacional impugnó la anterior decisión (fls.93 al 105). Además de reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la acción, resaltó la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa de judicial, como en el caso concreto y la inexistencia de un perjuicio irremediable, el cual ni siquiera fue mencionado por los tutelantes.

Finalmente adujo que existe un acto administrativo que mencionó los extremos de la relación laboral de los actores en la calidad de provisionales, y en éste se indicó que tal vínculo se terminaría el 31 de enero de 2012, acto administrativo que los actores pueden atacar mediante las acciones de lo contencioso administrativas.

CONSIDERACIONES

1. Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

La procedencia de la acción de tutela, por mandato constitucional (artículo 86 [4] C.P.), está condicionada, entre otras exigencias, a que no se disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, se trata de una acción subsidiaria, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, en virtud del carácter residual, la tutela no puede ser utilizada para reemplazar otras acciones, procedimientos o trámites establecidos para la defensa

¹ Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

de los derechos ni siquiera con la excusa de que éstos son demasiado engorrosos o demorados. Si esto no fuera así, desaparecerían todas las acciones judiciales y la de tutela se tornaría en el único medio para controvertir cualquier diferencia.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el procedimiento es preferencial y sumario; el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, como mecanismo para la inmediata garantía del derecho, **no como restablecimiento del mismo, para lo cual existen otras acciones**. Cuando la situación deba resolverse por el procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria; finalmente, si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

Por otro lado esta acción debe dirigirse contra omisiones o actos concretos que estén actualmente ocasionando perturbación de un derecho fundamental, o éste sea inminente. Si la violación o su amenaza es causada por un acto general, las acciones procedentes son las de ilegalidad o inconstitucionalidad, o la vía exceptiva. Coherentemente, de acuerdo con el artículo 6 [5] del Decreto 2591 de 1991, no es viable recurrir a la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general, porque éstos no afectan a una persona determinada y por lo mismo no pueden afectar derechos subjetivos; para ello están previstas las acciones contencioso administrativas.

2. Problema Jurídico

Debe la Sala precisar si procede la acción de tutela para ordenar Universidad Nacional de Colombia abstenerse de proveer los cargos ocupados en provisionalidad por los actores, y extender el periodo de su nombramiento hasta tanto éstos sean convocados a concurso.

3. Solución del caso

Los accionantes ejercen la presente acción de tutela porque consideran que la Universidad Nacional de Colombia ha vulnerado sus derechos fundamentales con la decisión de proveer a partir del 1 de febrero de 2012 los cargos de carrera para los cuales fueron nombrados en provisionalidad por un periodo de 4 meses que finalizaría el 31 de enero de 2012, con la lista de elegibles que resultó de la convocatoria 2010-2011, a pesar de que esos cargos no fueron ofertados en ésta.

Es importante diferenciar la verdadera razón que llevó a la terminación del nombramiento de los actores, pues es claro que en el caso de estudio, esa causa es la decisión de la administración contenida en las resoluciones de nombramiento consistente en proveer provisionalmente esos cargos **por sólo 4 meses** y **no**

como lo quieren hacer parecer los accionantes y lo consideró el *a quo*, la provisión de cargos de carrera con el registro de elegibles.

Una vez aclarado lo anterior, resulta pertinente reiterar que una característica esencial de la acción de tutela es la subsidiariedad, por cuanto sólo resulta procedente instaurar la demanda de tutela en subsidio o a falta de instrumentos constitucionales o legales diferentes, susceptibles de ser alegados ante los jueces, es decir, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, de los elementos probatorios aportados al expediente se observa que los accionantes fueron nombrados en **provisionalidad** en un cargo de carrera de la Universidad accionada, mediante un **acto administrativo** que contenía claramente delimitados sus extremos temporales, esto es, del 4 de noviembre de 2011 al 31 de enero de 2012, en consideración a la normativa que rige a esa entidad, según la cual los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera **en ningún caso** pueden ser superiores a 4 meses.

En ese sentido, antes de producirse el nombramiento de los tutelantes, la CNCA ya había decidido proveer esos cargos **en provisionalidad por sólo 4 meses** y a partir del 1 de febrero de 2012 empezar a nombrar en carrera a quienes se encontraban en turno en el registro de elegibles, situación que los actores conocían con anterioridad al momento de tomar posesión de éstos.

En lo que respecta a la vulneración del derecho debido proceso, la Sala resalta que por mandato del artículo 29 de la Constitución Política, este se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, motivo por el cual los actores debieron ceñirse al anterior precepto y agotar las instancias que las normas indican, es decir, interponer las acciones contenciosas administrativas correspondientes, acciones éstas que son las idóneas para atacar los actos presuntamente atentatorios de sus derechos fundamentales, es decir, aquellos que determinaron su vinculación en los cargos que venían desempeñando en provisionalidad por un periodo de cuatro meses en la Universidad Nacional de Colombia; igualmente, con la presentación de la respectiva demanda ante la jurisdicción contenciosa, pueden solicitar la suspensión provisional de los señalados acto.

En resumen, en presente caso, los tutelantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para atacar la legalidad del acto de nombramiento según el cual su vinculación terminaría en la fecha ya señalada, y las normas contenidas en el Acuerdo 067 de 1996, mediante el cual se expidió el Estatuto de Personal Administrativo, que restringe la posibilidad de extender su nombramiento por más de 4 meses.

Este caso se diferencia de aquellos en los cuales esta Sección ha considerado que procede el amparo², porque en ellos existe un acto de nombramiento en provisionalidad, que **no determina** su finalización, como sí sucede en el caso concreto.

² Ver Sentencia del 3 de febrero de 2011. Consejera Ponente Doctora Susana Buitrago. Expediente: 25000-23-15-000-2010-03031-01(AC)

Así las cosas, si bien esta Sección ha dicho que las listas de elegibles sólo se deben utilizar para proveer los cargos ofertados mediante el acto de convocatoria, y que la decisión de terminar nombramientos en provisionalidad, con fundamento en la utilización de ese registro de elegibles una vez agotada la provisión de los cargos ofertados, puede vulnerar derechos fundamentales; en este caso se trata de una situación diferente, pues existe un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y que dispuso que ese nombramiento no tendría una duración superior a la que pretenden los actores que se les dé por vía del amparo de tutela.

En ese orden de ideas, la presente solicitud de amparo resulta improcedente por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, pues tratándose de las resoluciones por medio de las cuales se nombró en provisionalidad por un periodo determinado de tiempo, los demandantes tienen por un lado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por otro, la acción de tutela, que como se dijo procede **excepcionalmente** como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Se tiene que la definición y características del perjuicio irremediable han sido señaladas por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“(…)es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior. (...) la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable”³

En síntesis, la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir asuntos diferentes a la violación de derechos fundamentales, como lo pretendido por los actores, y se le da un alcance al acto de nombramiento, que éste mismo no tiene; esta acción fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial⁴.

Y respecto del perjuicio irremediable, los actores no alegaron, ni demostraron si quiera sumariamente que se encuentren ante la presencia de tal amenaza; pues ésta hay que alegarla y demostrarla, y como ya se indicó, del expediente no se infiere la necesidad de evitar una afectación de esa naturaleza.

Con base en las consideraciones y fundamentos indicados, se revocará el fallo del 17 de enero de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda- Subsección D, que decidió amparar los derechos fundamentales de los

³ Sentencia T-348 de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.

⁴ Expediente N° 2010-01707. Actor: Germán Rodríguez González.

accionantes mencionados, y en su lugar se **declarará improcedente** la presente acción de tutela, por las razones expuestas.

Igual consideración se aplica a la tutelante Angela María Henao Arenas, por cuanto su nombramiento también fue en provisionalidad, por el periodo de 4 meses, finalizado el 31 de enero de 2012, situación idéntica a la de los demás actores, por lo que se modificará la decisión del a quo que decidió negar el amparo solicitado por aquella y en su lugar éste se **declarará improcedente**.

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

FALLA

1.- **REVOCASE** la sentencia del 17 de enero de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D", que concedió el amparo solicitado por Hugo Benedicto Martínez y otros, y en su lugar, **DECLARASE no procedente**, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

2.- **MODIFICASE** en relación con Angela María Henao Arenas, para en su lugar rechazar por improcedente el amparo solicitado.

2.- **NOTIFIQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.- **REMITASE** el expediente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de esta providencia al Despacho de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente de la Sección

**MAURICIO TORRES CUERVO
BARREIRO**

ALBERTO YEPES

