



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 068

TEMAS:

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE AL INTERIOR DE LOS CONCURSOS DE MÉRITOS - DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – PUBLICIDAD DE LA DECISIONES TOMADAS POR LA ADMINISTRACIÓN – MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO FORMA VÁLIDA DE COMUNICACIÓN ENTRE EL ADMINISTRADO Y LA ADMINISTRACIÓN

INSTANCIA:

PRIMERA

1. OBJETO DEL PRESENTE PRONUNCIAMIENTO:

Decide la Sala el fondo la Acción de Tutela instaurada por ELFRY MANUEL BABILONIA ALARCÓN en contra de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.



2. ANTECEDENTES

El accionante solicita el amparo Constitucional de Tutela previsto en el artículo 86 superior, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, mérito y acceso a cargo públicos.

La presente acción se fundamenta en los hechos que la Sala resume así:

Relata el actor que concursó en la convocatoria No. 128 de 2009 que realizó la CNSC para proveer 9 vacantes del empleo denominado Profesional de Apoyo en Gestión Jurídica, Gestor I 301, Grado 1, con código OPEC 201117 del SISTEMA ESPECÍFICO DE LA UNIDAD DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

Indica que dentro del mencionado concurso superó todas las pruebas y etapas previstas para ello, quedando en la lista de elegibles en la posición ocho (8) como lo dispuso la Resolución No. 3644 del 17 de octubre de 2012.

Aduce que mediante la Resolución No. 0557 del 12 de marzo de 2013 la CNSC ordenó la recomposición de la mencionada lista de elegibles conformada en el artículo 1 de la ya referida Resolución No. 3644, debido a la solicitud de exclusión presentada por el Director General de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN respecto a los elegibles MAYERLY QUIROGA PINZÓN, JOSÉ MAURICIO GONZÁLEZ, FLOR ALBA MENESES JERÉZ, YUDITH VIVIANA MONTOYA VELÁZCO y DANILO ANDRÉS BAREÑO DUEÑAS, situación que modificó las posiciones de la lista pasándolo de octavo (8) a la de séptimo (7).



Manifiesta que las plazas ofrecidas para ocupar los cargos son nueve (9) de las cuales ocho (8) son en la ciudad de Bogotá y una (1) en la ciudad de Pereira, razón por la cual podía optar por cualquiera de las dos (2) ciudades (Bogotá o Pereira), por estar en la posición séptima (7), ya que lo normado por el concurso dicha posición geográfica se determina según el orden de la lista.

Afirma que si lo hubieran notificado para participar en la audiencia de escogencia de empleo, habría escogido Bogotá por ocupar la posición séptima (7) en la lista de elegibles y no Pereira como sucedió.

Agrega diciendo que el 29 de julio de 2013, la CNSC estableció el 14 de agosto de 2013 como plazo máximo para realizar los nombramientos en período de prueba de la lista de elegible.

Por último, enfatizó que como el empleo fue ofertado en diferentes ubicaciones geográficas se quedó esperando que la CNSC siguiera las pautas establecidas por ella en la Resolución No. 3360 del 8 de octubre de 2012, *“Por la cual se reglamenta las audiencias públicas para la escogencia de empleo para la provisionalidad de los empleos pertenecientes al Sistema Específico de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, cuya vacantes tengan diferentes ubicaciones geográficas.”*

3. PRETENSIÓN

Pretende la parte accionante se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, mérito y acceso a cargos públicos.

Que en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES a realizar lo siguiente: **i)** Que declare la nulidad de la audiencia de escogencia del empleo No. 20117 (Profesional de apoyo en gestión jurídica) de la convocatoria



No. 128 de 2009 DIAN, **ii)** que realice nuevamente la audiencia de elección de empleo y sea asignada una plaza de las ocho (8) disponibles en la ciudad de Bogotá, y **iii)** que emita la Resolución de nombramiento al cargo en la referida ciudad.

SOLICITUD ESPECIAL

Como medida transitoria solicitó que al momento de admitir la presente tutela suspenda los nombramientos que se han generado con ocasión a la lista de elegibles al empleo código OPCE 201117 (Profesional de Apoyo en Gestión Jurídica).

4. LA ACTUACIÓN

Mediante auto del 21 de agosto de 2013 se admitió la demanda y se notificó a las partes involucradas en el proceso mediante oficios No. 01616-1 - LCAR-T al accionante, el No. 01616-2- LCAR - T a la CNSC y el No. 01616-3 - LCAR-T, del 22 de agosto de 2013 respectivamente por intermedio del correo electrónico pertenecientes a cada uno.

Así mismo, se decretó a favor del actor la MEDIDA PROVISIONAL solicitada, y en consecuencia se ordenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN la suspensión provisional de todos los actos de nombramientos generados con ocasión a la lista de elegibles del empleo referenciado bajo el código OPCE 201117, perteneciente al cargo de Profesional de Apoyo en Gestión Jurídica, según convocatoria de concurso No. 128 del año 2009, hasta tanto se haya tomado decisión de fondo en el *sub lite*.

Igualmente, se ordenó la notificación de las personas interesadas en las resultas de esta acción, como terceros posiblemente afectados con la misma.



5. RESPUESTAS

La COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, el día 26 de agosto de 2013, presentó informe mediante escrito visible del fol. 74 a 82 donde argumenta que la tutela de la referencia es improcedente, ya que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para atacar las actuaciones administrativas adelantadas en el desarrollo de la Convocatoria 128 de 2009 como lo es la Nulidad y Restablecimiento de Derecho, lo que indica que no puede el Juez de tutela derogarle la competencia a los Jueces Administrativos quienes son los que deben debatir lo pretendido con el presente trámite constitucional.

Así mismo, fundamenta su defensa en la inexistencia de la violación de los derechos fundamentales al actor por parte de la CNSC, indicando que en cumplimiento de lo ordenado Resolución No. 3360 del 8 de octubre de 2012 que reglamenta las audiencias públicas para la escogencia de empleo para la provisión de los empleos pertenecientes al Sistema Específico de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN cuyas vacantes tengan diferentes ubicaciones geográficas, el día 31 de julio de 2013, se remitió correo electrónico a todos los aspirantes elegibles del empleo 20117, incluyendo al accionante, citación enviada al correo registrado en la base de datos de la convocatoria elfrybabiloniaalarcon@hotmail.com tal y como fue informado en el registro de inscripción, para la cual anexa imagen del resultado de la prueba convocatoria 120 de 2009 – DIAN. Por ello, asegura que de acuerdo al normal curso de las reglas de la informática todos los correos enviados a dicho destinatario fueron entregados de manera correcta.

Por lo anterior solicita negar las pretensiones de la demanda.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y



ADUANAS NACIONALES – DIAN guardó silencio en el término concedido para tal fin, al igual que los terceros interesados integrantes de la lista de elegibles de los cargos a que aspira el actor.

6. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

¿En qué casos es procedente la acción de tutela al interior de una actuación administrativa?

¿Se vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, mérito y acceso a cargos públicos, cuando la administración utiliza un medio informático para citar a la audiencia de escogencia de empleo dentro de un concurso de méritos y demuestra que técnicamente el mensaje llegó a la dirección informada por el postulante?

7. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual debe aceptarse su procedencia y amparar los derechos fundamentales amenazados si hay lugar a ello.

Analizado lo anterior, para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiarán los siguientes temas: La procedencia de la acción de tutela como



mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al interior de una actuación administrativa especial – concurso de méritos, el derecho al debido proceso, la publicidad de las actuaciones administrativas como garantía esencial del debido proceso y el caso concreto.

7.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA DENTRO DE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La Constitución Política a través de su artículo 86, prescribe que la acción de tutela es un mecanismo sumario diseñado para la protección de los derechos fundamentales, que sólo procede *"cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Ahora bien, si la tutela está establecida como un mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para impedir un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos se tiene la acción, hoy medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

"Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de



nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaura para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente.

...

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente aunque para controvertir el acto administrativo de carácter particular, el actor tenga a su disposición otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”¹

Sobre el punto expuesto, nos ilustra el tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, determinando de manera precisa las restricciones que de manera constitucional existen para invocar la procedencia de la tutela frente a este tipo de actos administrativos así;

“... en la individualización de la pretensión: la tutela no procede frente a todo tipo de violaciones de los principios fundamentales es posible intentarla cuando los derechos vulnerados son de naturaleza subjetiva y personal, solo de manera excepcional procede contra violaciones colectiva de derechos como es el caso de la acción de tutela contra particulares, y en lo concerniente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial refiriéndose a que si los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, pueden ser objeto de impugnación a través de otros recursos o acciones judiciales, de ser así no es posible hacer uso de este medio judicial exceptuando si se está frente a un perjuicio irremediable.”²

En igual sentido, manifiesta la Corte Constitucional:

“Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro

¹ Corte constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.



mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:

“(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

En general, resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela, invocarla contra actos de la administración, por perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales o no ejerció las acciones ordinarias en tiempo, o las ejerció en indebida forma sin cumplimiento de los presupuestos legales. Tampoco puede el juez de tutela entrar a sustituir al juez Contencioso Administrativo, arrogándose la facultad de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto de la administración, ni cuando existe otro medio de defensa judicial y respecto de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto.”³

Por lo expuesto, se puede concluir en este punto que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado.

Es claro entonces que la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir, en la generalidad de los casos- una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia.

Tal es el caso que la Corte Constitucional concluye por manifestar lo siguiente:

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 1048 de 2008.



“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.”⁴

Una vez aclarado que la acción de tutela no ha sido diseñada para sustituir los medios judiciales ordinarios, tales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se pretende atacar medidas adoptadas a través de procedimientos administrativos especiales como los concursos de méritos, pasa la Sala a estudiar si en esta oportunidad puede ser utilizada transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable, tema que se aborda a continuación.

7.2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL EN CASOS DE CONCURSOS DE MÉRITO

Atendiendo a las precisas características que informan la acción de tutela, queda por establecer si, a pesar de que la parte accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para lograr controvertir el acto administrativo sancionatorio, pueda acceder a ella de manera transitoria, toda vez que se ha venido resaltando lo tocante a la improcedencia de la acción constitucional para controvertir actos de carácter particular y concreto.

Ahora bien, ante la posibilidad que se origina del artículo 86 superior, es importante entrar a analizar los presupuestos dados para que la acción de amparo, proceda de manera transitoria.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-514 de 2009



Sobre el particular manifiesta la Corte Constitucional:

“Como lo ha explicado esta Corporación, aun cuando la acción de tutela es un medio judicial subsidiario y residual de defensa, la propia Constitución prevé la posibilidad de que la solicitud de amparo pueda ser tramitada, a pesar de verificarse la existencia de otro medio de defensa judicial principal u ordinario, cuando la misma se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio exige, por una parte, (i) demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, por la otra, (ii) que existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de tutela. Tratándose de acciones de tutela promovidas contra actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto, valga recordar que la posibilidad de que prospere como mecanismo transitorio depende también de que se establezca que el perjuicio irremediable derivado del acto administrativo afecta clara y directamente un derecho fundamental de una persona determinada o determinable.”(Negrillas de la sala)⁵

Una vez analizado lo anterior, a la luz de la normativa legal y de lo expuesto en materia jurisprudencial, podemos mencionar que es al funcionario encargado de impartir justicia a instancias de la tutela a quien le corresponde en cada caso concreto apreciar si de las circunstancias fácticas que dan origen a la acción es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable.

Se puede concluir, que el carácter transitorio de la tutela, constituye una excepción a la regla general de que solo se puede ejercer cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, toda vez que como mecanismo transitorio es factible intentarla, así existan otros medios de defensa judicial frente a la acción u omisión de la autoridad pública, su aplicación ha sido calificada constitucionalmente en la medida que se acepta su procedencia siempre y cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Teniendo en cuenta que estamos frente a un caso especial, generado en el marco

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-037 de 2009



de un procedimiento administrativo denominado concurso de méritos, cabe mencionar lo expuesto por la jurisprudencia del máximo órgano constitucional, en donde se concluye que de forma excepcional la acción de tutela se abre paso en su interior, cuando se vislumbra la posible vulneración del derecho al debido proceso.

Manifiesta la H. Corte Constitucional:

“En esta línea discursiva, resalta la Sala que la jurisprudencia constitucional se ha manifestado sobre de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en desarrollo de procesos tendentes a la provisión de cargos públicos. En estos casos se han establecido reglas específicas para determinar la procedencia de la tutela en aplicación de los parámetros generales antes mencionados. En este sentido se consagró en la sentencia T-215 de 2006 “[e]n efecto, si en dichas actuaciones administrativas no se observa el procedimiento legalmente previsto, y si ello repercute en la afectación del derecho al debido proceso de los interesados en la decisión administrativa, la acción de tutela se erige como un medio de defensa judicial adecuado, pero solamente si no existe otro mecanismo de defensa judicial que sirva para garantizar tales derechos, o si existiéndolo no se revela como un mecanismo de defensa eficaz en el caso concreto, o se cierne la amenaza inminente de un perjuicio irremediable sobre esta clase de derechos”.

Y sobre la específica idoneidad y eficacia de la acción de nulidad en estos casos se manifestó recientemente

“Ahora bien, en gracia de discusión, si se admitiese que contra el acto de publicación de resultados de las pruebas es admitida por esa jurisdicción la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, difícilmente podría alegarse la eficacia del medio judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales, puesto que la prolongada espera para la culminación de un proceso contencioso administrativo, que aún cuando no siempre tal circunstancia desvirtúa un medio de defensa judicial aplicable, en los casos bajo revisión es relevante puesto que no les garantiza a los peticionarios el acceso inmediato al derecho fundamental de rango constitucional a acceder a cargos públicos por vía de un concurso de mérito, dado que con probabilidad a su terminación, ya los derechos en disputa se hayan extinguido teniendo en cuenta que parte del debate de fondo sobre esos actos, radica precisamente en la naturaleza de trámite o no de esos actos.”¹⁷¹

Este planteamiento resulta acorde con una estable jurisprudencia constitucional que fue ratificada desde el año 1998 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando en la



sentencia SU-133 de 1998 se consagró

“La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

Por lo tanto, la existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertir un acto de la administración no inhibe automáticamente el uso de la acción de tutela, pues en estos casos deberá evaluarse si la protección adecuada—es decir, aquella acorde con criterios de justicia material— del derecho fundamental se logra por vía de los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento para dicho propósito. De llegarse a la conclusión contraria, la utilización de la acción de tutela para ese específico caso no constituiría una suplantación del medio ordinario, ni la acción del juez de tutela una usurpación de la competencia del juez ordinario. Por el contrario, se trataría de una concreción de parámetros de justicia material en la protección de derechos fundamentales al lograr que la misma tenga un carácter eficaz y expedito, necesidad axial en un Estado que propugne por una aplicación real de los derechos fundamentales.”⁶

Por lo estudiado, no es en abstracto que se determina si el medio judicial ordinario es o no el adecuado, dado que debe valorarse si efectivamente en el caso concreto puede existir un perjuicio irremediable en contra de quien persigue el acceso a los cargos públicos por el mérito, por lo que en donde se plantea la violación al debido proceso al interior de los concursos, resulta ser procedente la acción intentada, dado que las decisiones parciales tomadas en el dentro de dichas actuaciones, pueden poner el tela de juicio varios derechos fundamentales de quienes aspiran al empleo público.

7.3. DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El debido proceso posee varias dimensiones, es decir, es una realidad jurídica

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2012, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.



compleja. Es un derecho fundamental, es un derecho de garantía reforzada, de textura abierta en condición de principio⁷, por lo que de él puede pregonarse que posee un contenido esencial, es decir, un núcleo intangible e innegociable a los vaivenes del legislador, que debe ser respetado por todas las autoridades del Estado y cuya vulneración hace procedente su protección a través de los medios sumarios e idóneos correspondientes, como la acción de tutela.

Para hallar ese núcleo intangible del derecho fundamental al debido proceso, es importante partir de las normas mismas que lo consagran y desarrollan como derecho fundamental y garantía judicial⁸.

⁷ Robert Alexy plantea, por una parte el concepto de norma como genérico y, la regla y el principio como especies de normas, todas ellas como expresiones deónticas que manifiestan el deber ser (Mandato, permisión y prohibición).

Dentro del estudio de dicha clasificación, se encuentran dos posiciones para fijar la diferencia existente entre reglas y principios; una de ellas basada en la idea de los principios y la optimización, es decir, plantea la existencia de principios que se caracterizan por ser mandatos de optimización, llamada la TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, que pregona la existencia de los principios, plantean varios criterios para la diferenciación. Uno de los criterios es el de la generalidad, es decir, se basan en el aspecto cuantitativo de la norma para plantear su diferenciación. Así, si la *norma* consagra premisas generales y abstractas es un principio y si consagra premisas particulares y concretas en una regla. Sobre el tema ver: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09. p. 69 a 82.

⁸ Sobre este punto, se tomarán esencialmente el artículo 29 de la C.P. y los artículos 8 párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en referencia al sistema Americano de derechos humanos, y 14 párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), con relación al sistema Universal de derechos humanos, normas estas últimas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, a la luz del artículo 93 superior. Dichas normas son transcritas para su mejor entendimiento:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

“ARTÍCULO 8.- GARANTÍAS JUDICIALES.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.”



Como se puede desprender de las normas estudiadas, la publicitación de las decisiones adoptadas al interior del proceso judicial y del procedimiento administrativo, hacen parte del contenido esencial del debido proceso por que de ella se desprende que las mismas puedan ser conocidas por los interesados para que así ejerzan otras garantías derivadas del derecho fundamental en estudio como la contradicción e impugnación de las mismas.

De igual forma, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”⁹

Así pues el desconocimiento del debido proceso administrativo, transgrede los principios por los cuales se debe regir la función administrativa para el servicio de los intereses generales, dentro de los cuales se impone la publicidad como principio de la función administrativa (artículos 29 y 209 C.P.), de tal manera que la Administración resulta obligada a poner en conocimiento de sus destinatarios todos aquellos actos que supongan una afectación de su situación jurídica, es decir, que si las actuaciones de la administración no son publicitadas se está vulnerando el derecho al debido proceso.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

⁹ Corte Constitucional sentencia C-012 de 2013. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.



7.4. PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS COMO GARANTÍA ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO

El principio de publicidad es uno de los elementos esenciales del debido proceso administrativo tal y como lo consagra la Constitución Política en su artículo 209 que establece:

“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

La anterior norma reconoce el principio de publicidad como fundamento de la función pública, para dar a conocer a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones administrativas a toda la comunidad o a los interesados o afectados, como garantía de transparencia y participación ciudadana.

Sobre el particular manifiesta la Corte Constitucional:

“Una de las formas en las que se concreta el principio de publicidad es a través de las notificaciones, actos de comunicación procesal que garantizan el “derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción”¹⁰

Una vez determinado que el principio de publicidad es un elemento esencial del debido proceso, la Sala analizará el tema de las comunicaciones en forma de mensajes de datos utilizados por la CNSC en la Convocatoria 128 de 2009 – DIAN, para dar a conocer las decisiones y determinación adoptada dentro del concurso.

En primer lugar, tenemos que la Ley 527 de 1999 *“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas*

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003. M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO



digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, consagró que a todo tipo de información en forma de mensaje de datos sería aplicable la mencionada normativa¹¹.

La misma, en el artículo 2 define el mensaje de datos en los siguientes términos:

“ARTICULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;”

Sobre este tema la citada ley reglamenta el punto de cuándo se presume que el destinatario ha recibido el mensaje de datos, en su artículo 21, el cual reza:

“ARTICULO 21. PRESUNCION DE RECEPCION DE UN MENSAJE DE DATOS. Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos.

Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido.

Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.” (Negrilla para resaltar)

Ahora bien, frente a lo anterior podemos decir que la Ley 527 de 1999 ha fijado de manera general el régimen de los mensajes de datos para ser aplicada a cualquier ordenamiento jurídico y no solo en las operaciones comerciales, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

“...ha de entenderse que la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que

¹¹ Ley 527 de 1999, artículo 1.



*obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico...*¹²

Puede observarse que las mencionadas normas admite el mensaje de datos como forma y medio para realizar las publicaciones, comunicaciones y notificaciones de las actuaciones de la administración.

En segundo lugar, tenemos que la CNSC en las consideraciones previas a la inscripción descritas dentro de los lineamientos de la Convocatoria 128 de 2009, donde inició la actuación administrativa tendiente a la selección para proveer, por concurso abierto de méritos empleos de carrera administrativa de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa, estableció que el medio para comunicar a los aspirantes todo lo relacionado con el concurso, era través del correo electrónico, tal y como quedó plasmada en la misma de la siguiente manera:

“2.2. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA INSCRIPCIÓN

(...)

*9. Con la inscripción el aspirante acepta que el medio de información y divulgación oficial durante el proceso de selección es la página www.cnsc.gov.co y que **la CNSC podrá comunicar a los aspirantes información relacionada con el concurso a través del correo electrónico, en consecuencia, el registro de un correo electrónico personal en el formulario de inscripción es obligatorio.**”¹³(Negrillas propias)*

De lo expuesto, se desprende que los mensajes de datos enviados por parte de la CNSC por correo electrónico a los aspirantes de la Convocatoria 128 de 2009, deben cumplir con los parámetros fijados en la ya referida Ley 527 de 1999 para garantizar la publicidad de la actuación administrativa y suplir así los requisitos exigidos por las leyes procesales respectivas, orientados a hacer efectivos el debido proceso, el derecho de defensa y la publicidad de las decisiones.

¹² Sentencia C-831 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

¹³ <http://www.cnsc.gov.co/docs/3.3.23.2.1064.pdf>



Aclarado lo anterior se entrará a analizar:

7.5. CASO CONCRETO

Sea lo primero advertir que no comparte la Sala la posición inicial expuesta por el accionado CNSS, dado que a criterio de esta Corporación en el caso concreto la acción de tutela resulta ser un mecanismo idóneo para atacar unas decisiones administrativas preparatorias en donde el ente administrativo demandado ha adoptado la escogencia de sedes para la provisión de los cargos. Lo anterior, pues estas, en primer lugar, son actos administrativos que no le ponen fin a la actuación administrativa abierta para proveer los cargos en carrera, es decir, son de trámite¹⁴, y por ello no son pasibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁵, por otro lado, de ser ciertas las afirmaciones del actor en torno al incumplimiento de la publicidad de las decisiones al interior del procedimiento administrativo, es menester que de forma anticipada y no en su finalización, se tomen los correctivos del caso y para ello la tutela resulta ser el mecanismo adecuado, en atención a que podría generar un perjuicio irremediable el hecho de que se nombre al actor, sin publicitar la escogencia de las sedes territoriales, en un lugar que él no escogió o que no desea escoger.

¹⁴ Los actos administrativos en términos generales, los podemos clasificar, en torno al momento en que se expiden al interior de la actuación administrativa como actos de trámite, preparatorios y definitivos. Los primeros, son aquellos que impulsan la actuación hacia su fin, es decir, la sustancian, los segundos, son los que posibilitan, condicionan o determinan el acto administrativo definitivo, y los últimos no son otros que los que ponen fin a la actuación administrativa, es decir, toman la decisión de fondo que persigue el procedimiento administrativo.

¹⁵ “Recuérdese que de conformidad con el inciso final del artículo 50 del C.C.A., los actos administrativos definitivos son aquellos mediante los cuales se pone “...fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto;...” y que en los términos de la parte in fine del citado inciso “los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

...

De conformidad con lo expuesto, por haberse demandado un acto de trámite que no es pasible de control jurisdiccional en forma autónoma, esta Sala confirmará el auto recurrido, pero por las razones expuestas en precedencia.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Auto del 9 de marzo de 2012. Radicación número: 68001-23-15-000-2011-00717-01. Actor: LAURA TERESA ARENAS SANTAMARÍA. Demandado: CANDIDATO A LA ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA. Nota: Se aclara que en esta cita la providencia traída a colación hace uso de la norma vigente para la época de los hechos estudiados, pero que resulta ser aplicable al nuevo C.P.A.C.A. pues este compendio da un tratamiento igual a los actos de trámite (artículo 75 de la Ley 1437 de 2011).



Aclarada la procedencia del medio intentado, es menester estudiar el fondo del asunto puesto en consideración del Tribunal.

Conforme al escrito de tutela y las manifestaciones realizadas por la CNSC, se encuentra efectivamente probado que el actor, ELFRY MANUEL BABILONIA ALARCÓN, está inscrito en la Convocatoria 128 de 2009 de la CNSC para proveer por concurso abierto de méritos empleos de carrera administrativa de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN (fol. 36).

Igualmente, se tiene que mediante Resolución No. 0557 de 12 de marzo de 2013 la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer nueve (9) vacantes del empleo identificado con el No. 201117, ubicadas geográficamente, ocho (8) en la ciudad de Bogotá y una (1) en ciudad de Pereira, integrada así:

Posición	Identificación	Nombre
1	39093432	Campo Saumet Claudia de Jesús
2	79406908	Acero Sánchez Edgar Miguel
3	49786110	Morón Fernández María Loreta
4	9124106	Luis Enrique Díaz Corre
5	35425650	Cárdenas Martínez Martha Viviana
6	79729935	Germán Eduardo Cárdenas Doncel
7	92513929	Babilonia Alarcón Elfry Manuel
8	79903930	Vargas Suarez Jaime Williams
9	79233798	Pulido Bonilla Carlos Augusto

La anterior, adquirió firmeza a partir del 29 de julio de 2013, fecha que la Sala verificó en la página web de la CNSC¹⁶.

Analizado lo dicho, observa la Corporación que positivamente el accionante

¹⁶<http://www.cnsc.gov.co/docs/EmpleoscuyasListasdeElegiblesquedanenFirmeapartirdel29dejuliodede2013.pdf>



puede acceder a una de las nueve (9) vacantes ofertada en la Convocatoria 128 de 2009 por quedar en la posición siete (7), sin embargo, debido a que las anteriores vacantes tienen diferente ubicación geográfica se debe citar a la audiencia de escogencia de empleo, tal y como lo realizó la CNSC a través del correo electrónico aportado por cada uno de los aspirantes en la correspondiente inscripción, que para el caso del accionante la cuenta informada era elfrybabiloniaalarcon@hotmail.com¹⁷.

Ahora bien, respecto a lo alegado por el accionante en el *sub lite* sobre el hecho de que la CNSC no lo citó a la mencionada Audiencia de Escogencia de Empleo a través de un mecanismo que garantice la publicidad e inmediatez, encuentra la Sala que el mensaje de datos enviado por la entidad accionada para la realización de la mencionada diligencia, cumple con los parámetros establecido en la Ley 527 de 1999 ya que del servidor de donde fue enviado el mensaje recibió el acuse de recibió del destinatario (fol. 83 y 85), hecho que igualmente es constatado por la asesora de informática de la CNSS.

Así pues, el mensaje de datos enviado al correo electrónico proporcionado por el accionante, es un medio de publicidad que garantiza que las actuaciones administrativas puedan ser conocidas y controvertidas por los aspirantes, protegiendo así el derecho del debido proceso, por lo que en modo alguno puede entenderse vulnerado su derecho fundamental, y se desvirtúan las afirmaciones realizadas por el actor en torno a que la citación a la Audiencia de Escogencia de Empleo no fue enviada por la entidad demandada.

Por otro lado, sobre el derecho a la igualdad referido por el actor en el escrito de la demanda, esta Magistratura encuentra que no existe prueba dentro del expediente que la entidad accionada haya dado un trato diferente y desigual al accionante en la citación a la Audiencia de Escogencia de Empleo, ya que los

¹⁷ Folio 36.



demás aspirantes fueron citados por intermedio de un mensaje de datos al correo electrónico de cada uno, es decir, bajo las mismas condiciones que el actor (fol. 85), lo anterior debido a que el derecho a la igualdad no tiene un carácter autónomo, sino relacional, como se desprende del texto del artículo 13 de la C.P. y de la interpretación de este derecho fundamental realizada por Corte Constitucional¹⁸.

Así las cosas, la Sala concluye que el mensaje de datos utilizado por la CNSC enviado al correo electrónico del actor, fue el medio efectivo para garantizar la publicidad de la actuaciones administrativas dentro del concurso de mérito para proveer empleos de carrera administrativa de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, materializando así el derecho al debido proceso y cumpliendo con lo normada en la Constitución Política sobre publicidad de en la función administrativa.

Ante la no vulneración del derecho al debido proceso, igualmente no puede evidenciarse trasgresión alguna del derecho al trabajo o al acceso a los cargos públicos por el mérito, puesto que se ha demostrado que el procedimiento seguido en la actuación adelantada por la Comisión se ajusta a la Constitución, la Ley y las normas o condiciones especiales de la convocatoria.

Son estas razones suficientes para **DENEGAR** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, trabajo, mérito y acceso a cargos públicos, al demostrarse que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL utilizó un medio adecuado para publicar, comunicar y notificar las

¹⁸ “La jurisprudencia ha señalado que la igualdad es un concepto relacional por lo que no puede aplicarse en forma mecánica o automática, pues no sólo exige tratar igual a quienes se encuentren en situaciones similares, sino también de forma desigual a los sujetos que se hallen en situaciones disímiles. De su carácter relacional se ha derivado la posibilidad de que su protección sea invocada respecto de cualquier trato diferenciado injustificado, al tiempo que se ha señalado que el contenido esencial de la igualdad no guarda relación con el derecho a ser igual, sino que se refiere al derecho a ser tratado igual en situaciones similares.” Sentencia C-748 de 20 de octubre de 2009, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL



actuaciones administrativas a los aspirantes de la Convocatoria 128 de 2009.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DENIÉGUESE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, mérito y acceso a cargo públicos dentro de la presente acción de tutela presentada por ELFRY MANUEL BABILONIA ALARCÓN en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Con fundamento en lo anterior, en firme esta providencia, **DÉJESE** sin efectos la medida cautelar decretada en auto del 21 de agosto de 2013.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por a través de correo electrónico esta decisión al accionante ELFRY MANUEL BABILONIA ALARCÓN (elfrybabiloniaalarcon@hotmail.com), a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (notificaciones@cncs.gov.co), a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co), al agente delegado del Ministerio Público al buzón de notificaciones electrónicas que posee la Secretaría para los efectos pertinentes y a los terceros vinculados CLAUDIA DE JESÚS CAMPO SAUMET (clacamsa@yahoo.es) EDGAR MIGUEL ACERO SÁNCHEZ (adgarmiguelacero@gmail.com), MARÍA LORETA MORÓN FERNÁNDEZ (mmoron240@hotmail.com), LUIS



ENRIQUE DÍAZ CORRE (luendico@hotmail.com), MARTHA VIVIANA CÁRDENAS MARTÍNEZ (mvcar@yahoo.com), GERMÁN EDUARDO CÁRDENAS DONCEL (gereducar@gmail.com) JAIME WILLIAMS VARGAS SUÁREZ (williamvargassuarez@yahoo.es)y CARLOS AGUSTO PULIDO BONILLA (epulidob@hotmail.com). Igualmente, **ORDÉNESE** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, **PUBLICAR** en su página web la decisión adoptada en la presente acción de tutela.

CUARTO: Si el presente fallo no es impugnado, **ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo, **ORDÉNESE** su archivo definitivo, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 96.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ