

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	ACCION DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-006-2018-00267-01
Demandante	LILIANA RAQUEL MENDOZA RAMOS
Demandado	SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPEARTAMENTAL Y OTROS
Asunto	Debido proceso, igualdad y trabajo
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, contra la sentencia de fecha de veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se declaró la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad de la accionante, cuya vulneración se tiene hoy superada por carencia actual del objeto por daño consumado, siendo imposible librar medidas de protección efectivas.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes (fl. 3):

1. "Me otorgue la posibilidad de hacer efectivo mi derecho al trabajo, de acuerdo con la posición adquirida en el concurso de méritos y la lista de elegibles respaldada por la Resolución 20162000008925 del 17-3-2016, donde ocupé el lugar número 46 entre 75



elegibles, eligiendo una vacante que corresponda a las competencias del concurso instaurado a través del acuerdo 0195 de 2012, modificado por el acuerdo 320 del 22 de abril de 2013, en el cual se convocó a concurso de méritos para ocupar los cargos de Directivo Docente, y concluyó en la conformación de una lista de elegibles con fecha 17 de marzo de 2016, la cual especifica su uso en estricto orden de méritos de los elegibles para el cargo de Docente Directivo Coordinador en la jurisdicción del Departamento de Bolívar. En otras palabras, se me otorgue el derecho de ocupar el cargo de Docente Directivo Coordinador en la jurisdicción de la Secretaría Departamental de Bolívar.

2. *Se restauren mis derechos salariales desde el mes de agosto de 2017 hasta la fecha, por ocasión de la omisión de un acto administrativo que debía emitirse en el año 2017, una vez superada mi participación mediante el aplicativo virtual, hecho que no se dio precisamente por omisión de las entidades accionadas. "*

1.2. HECHOS (Fs. 1-2)

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

1. La Señora LILIANA RAQUEL MENDOZA RAMOS, se inscribió y presentó todas las pruebas requeridas en el Acuerdo 0195 de 02 de octubre de 2012, por la cual se convocó a concurso abierto de méritos vacantes de Directivo Docentes y Docentes de preescolar, básica, media y orientadores en establecimientos educativos oficiales que brindan su servicio a la población mayoritaria.
2. Manifiesta la accionante, que obtuvo los puntajes necesarios para llegar a las últimas instancias del concurso, cuyos puntajes son los siguientes:
 - Prueba de aptitudes y competencias básicas: 73.35.
 - Prueba psicotécnica: 83.50.
 - Valoración de antecedentes: 65.37.
 - Entrevista: 85.
 - Puntaje ponderado: 73.62.
3. Alega la accionante que con los puntajes obtenidos ocupó el puesto 46 de la lista de elegibles campo Docente Directivo Coordinador del Departamento de Bolívar, teniendo en cuenta la Resolución 20162000008925 del 17-3-2016.



4. El día 30 de abril de 2016, la señora LILIANA MENDOZA recibió invitación a través de correo electrónico a participar en las audiencias virtuales departamentales para suministrar las vacantes anteriormente mencionadas, teniendo en cuenta la lista de elegibles; luego de esta audiencia no se le ha comunicado resultado alguno.
5. Alega la accionante que en agosto de 2017, se nombró en posesión de cargo de Directivos Docentes para el Departamento de Bolívar, personas que ocupaban puestos inferiores a la señora LILIANA MENDOZA, en la lista de elegibles.
6. La accionante realizó dos solicitudes en la página virtual www.cnsc.gov.co, solicitando sobre su información, ante la falta de respuesta procedió a presentar un derecho de petición el cual envió al correo notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co y solicitó lo siguiente:
 - "Listado de nombres y apellidos de personas que han recibido nombramiento de Directivos Docentes para el departamento de Bolívar de los años 2016 y 2017 pero que estaban incluidos en la lista de elegibles emanada mediante la Resolución No. 20162000008925 del 17-3-2016.
 - Listado de municipios y/o poblaciones seleccionados por la accionante Liliana Mendoza Ramos en las audiencias virtuales llevadas a cabo con ocasión de proveer las vacantes a directivos docentes, docentes y orientadores que prestan su servicio a población mayoritaria, realizada con ocasión de uso de la lista de elegibles según Resolución No. 20162000008925 del 17-3-2016."
7. La Comisión Nacional del Servicio Civil, envió respuesta de fecha 25 de mayo de 2018, argumentando lo siguiente:

"Cabe mencionar, que para la realización de audiencias virtuales, la Oficina Asesora de Informática de la CNSC envió los códigos a los elegibles que tenían el derecho a participar en dichas audiencias virtuales; en su caso particular, la CNSC remitió los códigos de acceso a la dirección de correo electrónico lilianamendozaramos@hotmail.com, registrada por usted al momento de la inscripción en la convocatoria No. 151 de 2012- Docentes y Directivos Docentes"



8. Luego de la anterior información, la accionante elevó otra solicitud, requiriendo el envío de los correos electrónicos mediante los cuales la CNSC, afirma haber enviado la información necesaria para acceder a la plataforma y postularse a las vacantes establecidas; la CNSC respondió la solicitud de la siguiente forma:

"Para el proceso de audiencias virtuales de las convocatorias Directivos Docentes y Docentes No 136 a 220 de 2012 y 254 de 2013, para el envío de correo masivo, la CNSC utilizó un servidor de correo interno a través de un RELAY (Servicio de envío de correo electrónico automático) el cual no permite almacenar los correos enviados, sin embargo se encontró en la lista de destinatarios que a la aspirante con número de identificación 45515083 a nombre de LILIANA RAQUEL MENDOZA RAMOS PIN 3204201461 durante el proceso se enviaron los siguientes códigos de seguridad:

Año 2016- Departamental y Nacional AOJ5Upnd6e

Año 2017- Departamental pMTNfWoe7A

Año 2017- Nacional gTl8h5Obpt"

9. Manifiesta la accionante que solo recibió el código del año 2016, sin embargo este no funcionó, situación que se le notificó a la CNSC, y esta respondió que publicaría un instructivo.

10. La accionante acudió ante el Ministerio de Educación Nacional por la falta de respuesta ante la solicitud de proporcionar los nombres de las personas nombradas en posesión de cargo como Directivos Docentes en la Resolución No. 20162000008925 del 17-3-2016, cuya petición se remitió a la secretaría Departamental de Bolívar y a la CNSC; esta última emitió respuesta en oficio 20182310482451 en fecha de 30 de agosto de 2018. Brindando información sobre el listado previamente solicitado por la accionante.

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA (Fs. 56-60)

La CNSC en el escrito de contestación indica que la tutela no fue interpuesta en un término pertinente y prudencial, en el que se concluya que los derechos invocados se encuentran en grave riesgo, manifiesta que en la presente acción no se configura el principio de inmediatez debido a que ha transcurrido más de 1 año desde el desarrollo de la última audiencia.



Aunado a lo anterior, la CNSC manifiesta que mediante Acuerdo 195 de 2012, modificado por el Acuerdo 320 de 2013, se anunció Convocatoria No. 151 del concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes de Preescolar, básica, media y orientadores, en establecimientos educativos oficiales del Distrito de Cartagena, en la que la señora LILIANA MENDOZA participó para el cargo de Directivo Docente Coordinador, ubicándose en la posición 72 de la lista de elegibles.

Señala la accionada que los elegibles solo pueden ser nombrados para el cargo en el cual concursaron y dentro de la respectiva entidad territorial, siendo así las cosas la lista de elegibles de Directivo Docente Coordinador solo tiene validez para el cargo y entidad para la cual se expidió.

La CNSC emitió Resolución 20162000008925 del 17 de marzo de 2016, por medio la cual se conformó la lista Departamental de elegibles de directivo Docente Coordinador de las entidades territoriales que conforman el Departamento de Bolívar; igualmente expidió la Resolución 2016000014035 del 20 de abril de 2016, modificada por la Resolución No. 2016000015585 del 28 de abril de 2016, en la que se conformó la lista nacional de elegibles de Directivo Docente Coordinador.

La duración de las listas de elegibles mencionadas, dependen de las listas territoriales, en el caso de la accionante fue el 13 de agosto de 2017.

Por otro lado alega la accionada que para participar en las audiencias departamentales y nacionales era necesario informarse por medio de avisos publicados en la página web de la CNSC, y era obligación de los elegibles estar atentos a dichos avisos. La utilización del código en el proceso se implementó con el fin de evitar suplantaciones; en el caso concreto, indica la accionada que a la señora LILIANA MENDOZA se le remitió el código de seguridad.

Manifiesta la CNSC que la accionante no hizo uso del derecho que tenía al no registrar el orden de preferencia de las vacantes, habiendo sido habilitada en igualdad de condiciones e informada por medios idóneos; concluye que las listas de elegibles objeto de estudio perdieron vigencia.



La SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL en su informe, indica que la acción de tutela solo debe vincular a la CNSC, debido a que esta es la encargada de la realización de la convocatoria y una vez finalizado el concurso envía lista de elegibles a esta Secretaría, para lo de su competencia, por ende no interviene en los hechos señalados en la presente acción.

Argumenta la SED que no existe la vulneración de los derechos invocados puesto que la CNSC demuestra que realizó las notificaciones, comunicaciones y publicaciones necesarias dentro del proceso de la convocatoria, y que la accionante admite haber recibido la invitación a participar en las audiencias públicas, siendo así las cosas una vez vencidas las listas, esta acción no es procedente para reabrir el concurso y realizar nuevas audiencias públicas.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fs. 96-101)

Por medio de sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena decidió declarar que la CNSC, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad de la señora LILIANA MENDOZA, vulneración que se tiene hoy superada por carencia actual del objeto por daño consumado, siendo irrealizables las medidas de protección efectivas.

Manifiesta el aquo que la lista territorial de elegibles cuenta con una vigencia de 2 años a partir de la firmeza de la misma, alega que a la fecha la lista territorial está conformada por la Resolución 3486 del 29 de julio de 2015, ocupando el puesto 72, la lista departamental conformada mediante Resolución No. CNSC- 2016000008925 del 17-3-2016 y la lista Nacional conformada por la Resolución No. CNSC 2016000014035 del 20 de abril de 2016, modificada por la Resolución No. 2016200005585 del 28 de abril de 2016, además argumenta que estas se encuentran vencidas desde el 13 de agosto de 2017.

Siendo así las cosas considera el aquo que se materializa el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado, debido a que no le es posible tomar medidas efectivas para la protección de los derechos invocados, por encontrarse las listas vencidas.



Por ultimo manifiesta el juez de primera instancia que la Secretaría de Educación Nacional, al no ser la entidad que realizó los actos que conllevaron a la vulneración de los derechos invocados, se excluye de responsabilidad y se desvincula del trámite.

4. IMPUGNACIÓN (Fs. 111-114)

En el escrito de impugnación el accionado CNSC manifiesta que durante la vigencia de la lista de elegibles para el cargo por el cual la accionante participó, se nombraron los participantes hasta la posición 44, en distintas audiencias; las demás personas quedaron en lista de espera, incluida la señora LILIANA MENDOZA, ubicada en la posición 72, teniendo mera expectativa a ser nombrada, dependiendo de la disponibilidad de las vacantes del ente, hasta la vigencia de la lista de elegibles.

Indica la CNSC que las audiencias realizadas el 17 de julio y 7 de septiembre de 2017, corresponden al uso de la lista de legibles territoriales del Directivo Docente Coordinador del Distrito de Cartagena, estas fueron presenciales.

La accionada alega que la citación a las audiencias virtuales de las listas departamentales y general nacional, se notificaron mediante avisos publicados en la página web de la CNSC; este es el medio oficial para brindar información, establecido en el Acuerdo No. 0195 de 2012.

Siendo así las cosas, alude la accionada que la señora LILIANA MENDOZA no puede afirmar que no conocía la realización de estas audiencias, ya que se notificaban mediante avisos en la página web, y no con los códigos de seguridad como afirma ella. Señala la accionada que respecto a la confusión que hubo con uso del código de seguridad, se invitó a la accionante a consultar la Guía de Orientación de Selección de Institución Educativa en Audiencia Virtual, publicada en la página de la CNSC.

Por ultimo solicita la accionada se revoque la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Cartagena.



5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día primero 15 de noviembre de 2018 (Fls. 43-44), notificada el 16 de noviembre de 2018 (F. 45).

El 27 de noviembre de 2018 octubre de 2018, se dictó el fallo de primera instancia (Fls. 96-101) notificado el 29 de noviembre de 2018, el día (04) de diciembre de 2018 (Fs. 111-114) se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 5 de diciembre de 2018 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional (Fl. 116).

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulnera la CNSC los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad de la señora LILIANA MENDOZA RAMOS?

¿Se configura la carencia actual de objeto por daño consumado?



Si la respuesta es positiva, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario se revocará.

3. TESIS

Esta Sala de Decisión, confirmará el fallo impugnado debido a que si bien existió violación de los derechos deprecados, se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado.

La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad



manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"¹.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.2 LA SUBSIDIARIEDAD O RESIDUALIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la subsidiariedad o residualidad de la Acción de Tutela.

"Artículo 86. Acción de Tutela. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Está acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión." (Subrayado fuera del texto original)

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales.



Atendiendo los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, se reafirma lo plasmado en la Carta Fundamental, como lo deja entrever este fragmento:

*"Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar "una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales", razón por la cual **no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.***

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

*En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. **Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.** (Subrayas fuera del texto original)²*

En ese sentido, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

Sin menoscabo de lo anterior, es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: **i-**. El interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; **ii-**. Teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y, **iii-**. En los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia,

² Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.



gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela.

Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

4.3. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:

ACTIVA

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

"Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

Sobre este tema la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional³ ha manifestado:

"El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier

³ Sentencia T- 406 de 2017 MP: Iván Humberto Escruce Mayolo



persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa"; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tutiva.

(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente. (Negrillas fuera del texto)

Respecto de la agencia oficiosa la Corte Constitucional⁴ ha señalado:

"Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso."

PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra

⁴ Sentencia T-004/13 MP: Mauricio González Cuervo





ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas fuera de texto)

La entidad accionada, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en principio tiene competencia para garantizar los derechos fundamentales invocados. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

4.4. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITOS

En materia de Concurso de méritos, la tutela no procede de manera indiscriminada, sino que es necesario establecer la naturaleza de la actuación o decisión administrativa, posiblemente vulneradora del derecho fundamental respectivo. Así la tutela se torna improcedente frente a actos administrativos que tienen naturaleza de definitivos, como es el de convocatoria y el que conforma la lista de elegibles, los cuales serían controvertidos a través de los medios de control contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, la jurisprudencia construida por el Honorable Consejo de Estado; considera, que frente a la lista de elegibles, excepcionalmente procede la tutela, en eventos como que el afectado esté próximo a la edad de retiro forzoso (65) años, o que el puesto ocupado por el afectado en la lista, esté por fuera del número de cargos por proveer. Igualmente resulta improcedente la solicitud de amparo frente a cualquier otro acto o decisión proferida durante el concurso, que no implique exclusión del participante.

Sobre el tema, en sentencia de tutela del 17 de junio de 2010, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila ha manifestado:

"En un proceso de tutela presentado anteriormente, esta Sala tuvo la oportunidad de analizar las actuaciones surtidas dentro de los concursos de méritos, para determinar los eventos en los que era procedente la acción de amparo frente a esa materia⁵.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 6 de mayo de 2010, Exp. N° 25000-23-15-000-2010-00238-01, Acción de tutela, Actor: Milton Gonzalo Beltrán Acosta, C/. Comisión Nacional del Servicio Civil.



En dicha oportunidad, se partió del hecho de que los concursos de méritos para la provisión de empleos en general y en especial en el sector público, comportan una de las instituciones significativas de nuestro Estado Social de Derecho, en razón a que son la herramienta más transparente para en igualdad de oportunidades, procurar la obtención de un empleo en condiciones dignas, el cual además de procurar la solución a las necesidades económicas de las personas, les permite concretar un proyecto de vida, interactuar en la sociedad y aportar a la construcción de la misma.

De ahí que, se consideró que en el marco de un concurso de méritos está en juego el derecho de acceso al trabajo, y por ello, tal Institución –el concurso de méritos–, debe ser vista con rigor constitucional, por el funcionario judicial encargado de velar por la aplicación de la norma suprema, en el caso concreto, el Juez de tutela.

Adicionalmente, en la aludida providencia la Sala dejó claro que: i) las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales que se susciten dentro de un concurso de méritos por el corto plazo del mismo, exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela, y que ii) si bien habría de seguirse la regla general de improcedencia del amparo decantada por la Corte Constitucional, también era cierto que debían sentarse excepciones más allá de la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable, motivo por el cual, bajo criterios abiertos, estableció como parámetros a seguir, **que el amparo es improcedente: i) contra el acto de convocatoria y contra la lista de elegibles, sobre este último salvo que: a) por cuestiones particulares del caso, como podría ser el acercamiento del actor a la edad de retiro forzoso o la edad máxima para desempeñar el cargo, resulte ilusorio el ejercicio de la acción ordinaria y b) el lugar ocupado por el demandante en dicha lista esté por fuera del rango de cargos a proveer; y ii) contra los actos distintos a los antes mencionados, que no impliquen la eliminación o exclusión del proceso⁶**". (Negritas fuera de texto).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 6 de mayo de 2010. Exp. N° 25000-23-15-000-2010-00238-01. Acción de tutela. Actor: Milton Gonzalo Beltrán Acosta. C/. Comisión Nacional del Servicio Civil. "(...)"

a) En el concurso de méritos puede considerarse que existen dos actos que encierran el mismo, esto es el de convocatoria y el que conforma la lista de elegibles con el cual finalizan las etapas del proceso; en principio el amparo que pretenda enjuiciar estos, debe ser improcedente; en cuanto al primero porque ostenta naturaleza general, expresa las condiciones o reglas de juego que lo abarcan, el cual por sí sólo no afecta una situación particular y concreta; en cuanto al segundo porque si bien es particular, dado que cubija un número determinable de individuos, para su enjuiciamiento existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde puede incluso solicitarse la suspensión provisional, salvo que: i) por cuestiones particulares del caso, como podría ser el acercamiento del actor a la edad de retiro o la edad máxima para desempeñar el cargo, resulte ilusorio el ejercicio de la acción ordinaria y ii) el lugar ocupado por el demandante en dicha lista esté por fuera del rango de cargos a proveer, lo cual quiere decir que si se encuentra



4.5. HECHO SUPERADO POR DAÑO CONSUMADO

Sobre la carencia actual de objeto, la Corte Constitucional⁷ la ha definido de la siguiente forma:

"La jurisprudencia de esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o caería en el vacío. Al respecto se ha establecido que esta figura procesal, por regla general, se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado."

Teniendo en cuenta el caso del daño consumado, este se configura cuando la transgresión o vulneración del derecho fundamental ya ha generado el perjuicio que se pretendía evitar mediante la presentación de la tutela, resultando inocuo cualquier decisión del juez para proteger los derechos deprecados.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional⁸ manifiesta:

"Igualmente, se ha dado claridad por este Tribunal respecto de la conducta que debe asumir el fallador cuando ha operado el fenómeno mencionado, indicándose que cuando: (i) al momento de la interposición de la tutela el daño ya está consumado entonces la acción resulta improcedente y cuando (ii) el daño se consume en el transcurso del trámite de la acción de tutela, bien sea en primera o segunda instancia e incluso en el trámite de revisión es necesario que se declare la carencia actual de objeto, lo cual si se llegase a presentar, le corresponde al juez de tutela:

(i) Pronunciarse de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone una determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales.

dentro de dicho ámbito y pretende discutir el mejoramiento de su posición, la acción devendrá improcedente.

b) Dentro del trámite del concurso propiamente dicho, existen etapas, fases o pruebas, algunas de ellas tienen carácter eliminatorio y otras clasificatorio, en consecuencia, el amparo será improcedente en relación con aquellos actos que para el demandante no impliquen la eliminación o exclusión del proceso, esto por cuanto al continuar en el mismo y pretender un mejoramiento de su posición tal asunto podrá ser discutido una vez configurada la lista de elegibles atendiendo a las reglas antes mencionadas."

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 085 del 2018. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 178 de 2017. Magistrado Ponente: Jose Lizarazo Ocampo.



(ii) Hacer una advertencia "a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)" al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

(iii) Informar a quien haya promovido el amparo o a sus familiares de las acciones jurídicas a las que pueden acudir para la reparación del daño.

(iv) De ser el caso, compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta que generó el daño."

05. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente copia de la cédula de ciudadanía de la accionante. (fl. 4).
- Obra en el expediente copia de Acuerdo No. 320 del 22 de abril de 2013. (fl. 5-9).
- Obra en el expediente copia de respuesta de reclamación verificación de cumplimiento de requisitos mínimos a la Universidad de la Sabana. (fl. 10).
- Obra en el expediente copia de informe individual de resultados de concurso docentes y directivos docentes 2012 y 2013. (fl. 11).
- Obra en el expediente copia de la publicación de los resultados entrevista convocatoria docentes. (fl. 12).
- Obra en el expediente copia de Resolución No. 2016200008925 del 17-3-2016. (fl. 13-15).
- Obra en el expediente copia de la guía de orientación al elegible Convocatorias No. 136 a 249 de 2012 y 254 de 2013. (fl. 16-22)



- Obra en el expediente copia de respuesta de petición Radicado No. 20182310306131. (fl. 24).
- Obra en el expediente copia de respuesta de petición Radicado No. 20182310337981. (fl. 25).
- Obra en el expediente copia de pantallazos de correos electrónicos recibidos por la accionante durante el año 2017. (fl. 26-37).
- Obra en el expediente copia de certificado de la CNSC donde constan los códigos de seguridad enviados a la accionante durante el proceso de la convocatoria. (fl. 38).
- Obra en el expediente copia de respuesta del Ministerio de Educación. (fl. 39).
- Obra en el expediente respuesta de la CNSC a la solicitud de información sobre nombramiento de legibles. (fl. 40).

5.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

La señora LILIANA RAQUEL MENDOZA RAMOS, instauró acción de tutela contra la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, pretendiendo que se le ampararan sus derechos al trabajo, la igualdad y debido proceso.

El accionante solicita que se le otorgue el cargo de Docente Directivo Coordinador en la jurisdicción de la Secretaría Departamental de Bolívar por haber participado en la convocatoria para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes de preescolar, básica, media y orientadores en establecimientos oficiales.

A su turno la CNSC, en su informe manifiesta que las notificaciones para la realización de audiencia virtual para proveer las vacantes, se hace mediante aviso publicados en la página de dicha entidad y se le envía comunicación a los correos de los participantes, indicándoles los códigos de seguridad, los



cuales se utilizan con la finalidad de evitar suplantaciones. Manifiesta igualmente que en el caso de la accionante, se le enviaron tres correos así:

Año 2016- Departamental y Nacional AOJ5Upnd6e.

Año 2017- Departamental pMTNfWoe7A.

Año 2017- Nacional gTI8h5Obpt.

Continúa manifestando, que el anterior procedimiento se cumplió en el caso de la accionante.

El juez de primera instancia decidió declarar que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad de la accionante, cuya vulneración se tiene hoy superada por carencia actual del objeto por daño consumado, siendo irrealizable emitir medidas de protección efectivas.

La anterior decisión fue objeto de impugnación, de la cual se ocupa la Sala en este momento.

En el sub judice, la actora se encuentra inconforme porque a pesar de ser parte de la lista de elegibles de la convocatoria objeto de estudio, nombraron a tres personas con una posición inferior a la de ella, excluyéndola; indica que luego de la invitación a participar en las audiencias virtuales departamentales para proveer las vacantes aspiradas, no fue notificada de la fecha de realización de estas. Informa que recibió un código que debía utilizar para dicho proceso, y sin embargo este no le funcionó, mientras que los otros códigos no le fueron remitidos.

Ciertamente, de conformidad con el ACUERDO No 0195 del 02 de octubre de 2012 expedido por la CNSC, la última etapa del concurso de carrera docente, es el nombramiento en periodo de prueba; a su turno la Resolución No. 20162000007425 del 08 de marzo del 2016, expedido por la misma entidad, reglamentó el uso de las listas territoriales, departamentales y general nacional; disponiendo en su Artículo 17, que la escogencia para provisión de los cargos se debe hacer a través de audiencias virtuales.

En el sub judice, la accionada alega que el aviso para la realización de las audiencias virtuales fue publicado en su página y que además a la accionante se le remitieron los códigos de seguridad señalados en párrafos anteriores.



La accionante por su parte niega, haber recibido los códigos de seguridad correspondientes a los años 2017 y acepta haber recibido solo el del 2016, pero que el mismo no funcionó; las anteriores manifestaciones constituyen una negación indefinida, que en los términos del artículo 167 del CGP, traslada la carga de la prueba a la parte contraria, advirtiendo la Sala que la CNSC, no arrió ningún elemento probatorio que desvirtuara las negaciones informadas por la solicitante; lo que forzosamente lleva a concluir que efectivamente se violó el debido proceso administrativo, así como los demás derechos deprecados.

No obstante lo anterior, se advierte que la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años⁹; término que en el caso en estudio, venció el 13 de agosto de 2017; lo que conduce a la conclusión de que en el sublite se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado; debido a que como acertadamente lo precisó el a quo, en esta instancia no resulta posible tomar medidas efectivas para la protección de los derechos de la accionante, por cuanto ya se efectuaron los nombramientos y se reitera, venció la lista de elegibles.

Así las cosas para la Sala, es procedente confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

⁹ Acuerdo 562 de 2016, artículo 10.

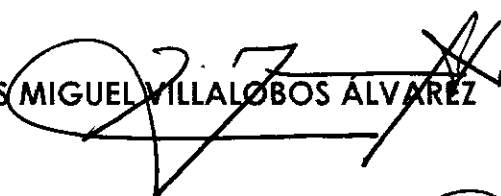


CUARTO: COMUNICAR al juzgado de origen y **REMITIR** por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

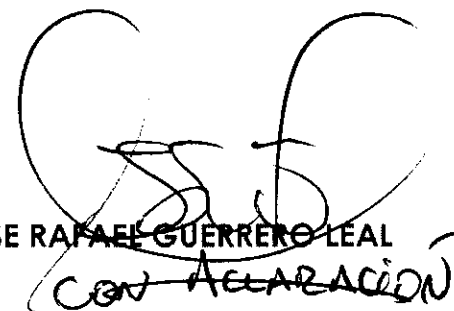
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° ____.

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Ausente con permiso


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
CON ACABACIÓN