

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Acción de tutela del señor Anibal Andrés Arroyo León contra la Agencia Nacional del Espectro -ANE- y la Comisión Nacional del Servicio Civil, trámite al que se vinculó al Consejo de Estado -Sección Segunda, Juzgado Veintidós Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, UAE Contaduría General de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y la Protección Social, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, UAE del Servicio Público de Empleo, Ministerio del Interior, Fondo Nacional de Estupefacientes, Instituto Nacional de Salud, Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), Ministerio de Comercio, Industria y Turismo e Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos (INVIMA).

Discutido y aprobado en sesiones de Salas de Decisión de veinticuatro (24) y treinta y uno (31) de octubre de 2018, según actas N°42 y N°43 de las mismas fechas.

Se resuelve la impugnación que promovió la Agencia Nacional del Espectro contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá el 3 de octubre de 2018, dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. El ciudadano Anibal Andrés Arroyo León acudió a esta vía constitucional, con el fin que le sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, confianza legítima, trabajo en condiciones dignas, igualdad y *“acceso a la carrera administrativa por meritocracia”*,

presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC- y la Agencia Nacional del Espectro -ANE- y, en consecuencia, pidió que se le ordene a la última *“realizar las actuaciones pendientes para su nombramiento y posesión en período de prueba en el cargo de carrera de PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028 Grado 20, conforme la lista de elegibles conformada con RESOLUCIÓN N°CNSC-20182120117985 de 16 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme y generó los derechos fundamentales deprecados.”*

2. Como sustento de su pretensión adujo, en síntesis, que la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantó la Convocatoria N°428 de 2016, con el fin de proveer 3.191 vacantes en diferentes entidades del orden nacional; que participó como concursante para el citado cargo superando todas las pruebas, razón por la cual se halla en el primer puesto de la lista de elegibles, no obstante, a pesar que transcurrieron los términos dispuestos en la norma para su nombramiento y posesión en período de prueba, la Agencia Nacional del Espectro no ha efectuado dicha actuación.

Agregó que si bien, dentro del proceso de nulidad N°2018-00368, el Consejo de Estado resolvió sobre una medida cautelar con respecto a la convocatoria, lo cierto es que *“está dirigida única y exclusivamente a la CNSC (quien es la única entidad demandada en el proceso) para actuaciones futuras y no las adelantadas a la fecha de la ejecutoria de dicho auto, como lo es mi lista de elegibles, y no está ordenando nada a la Agencia Nacional del Espectro – ANE (quien no hace parte del proceso de simple nulidad) y, además dicha providencia tampoco se encuentra debidamente ejecutoriada por cuanto está pendiente resolver varias solicitudes de aclaración y recursos de “súplica”.*

3. Notificada la Agencia Nacional del Espectro se opuso a la prosperidad de la tutela, por cuanto la lista de elegibles a la que se refiere el accionante aún no se encuentra en firme y, por tanto, tampoco se han cumplido los *“diez (10) días hábiles para realizar nombramiento en periodo de prueba”.*

La Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, en extenso escrito, explicó cada una de las etapas de la Convocatoria en la que participó el accionante y, en cuanto a su nombramiento manifestó que aun cuando se encuentra en trámite proceso de nulidad simple ante el Consejo de Estado, en el cual se decretaron medidas cautelares, éstas solo *“afectan aquellas listas de elegibles que aún no han cobrado firmeza, pues sobre las demás existe un derecho adquirido para los participantes”*, circunstancia que no acontece con respecto a la lista de la accionada, en la medida que ésta cobró firmeza el *“28 de agosto de 2018”* y la cautela se decretó el 6 de septiembre de 2018, razón por la cual, aseguró que *“los procesos posteriores como, nombramientos en periodo de prueba forman parte de las actuaciones debidas por las instituciones nacionales involucradas en el proceso.”*

Por su parte, el Consejo de Estado indicó que dentro del proceso de nulidad a que se refiere el promotor del amparo, mediante auto de 6 de septiembre de 2018, se ordenó *“a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto de las siguientes entidades: UAE Contaduría General de la Nación, Agencia Nacional del Espectro..., que hacen parte de la Convocatoria N°428 de 2016..., hasta que se profiera sentencia.”*, no obstante, respecto a tal providencia se encuentra pendiente de resolver varias peticiones de adición, aclaración y corrección, así como un recurso de súplica.

El Ministerio del Interior, el Instituto Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, la Contaduría General de la Nación y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- coincidieron en pedir que se le desvincule por ausencia de legitimación en la causa por pasiva, pues no tienen injerencia alguna en los hechos a los que se refiere esta acción de tutela.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) indicó que las circunstancias en las que se encuentra la convocatoria a la que se ha hecho mención ha generado una situación que afecta la situación no sólo de las personas que se vieron favorecidas, sino de las que se encuentran desempeñando en provisionalidad los cargos a proveer.

4. La jueza *a quo* accedió a la protección invocada, tras estimar que la cautela que decretó el Consejo de Estado no cubre la lista de elegibles a que se refiere el accionante, por cuanto para la fecha en que se decretó la primera ya se encontraba en firme la última, por tanto, ordenó:

“... a la AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO – ANE que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, y si aún no lo ha hecho, proceda a efectuar el nombramiento del señor ANIBAL ANDRÉS ARROYO LEÓN, conforme las previsiones del artículo 9° del Acuerdo 562 de 2016 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en consonancia con la Ley 909 de 2004.”

5. Inconforme con la decisión la Agencia Nacional del Espectro impugnó, y para ello aseguró que contrario a lo que manifestó la jueza *a quo*, la lista de elegibles no se encontraba en firme al momento en que se dispuso la suspensión del proceso, porque para esa fecha, 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado ya había suspendido el proceso *“mediante Auto interlocutorio 1563-2017 del 23 de agosto de 2018 dentro del expediente ...201700326”*, pues aunque no había claridad si la orden aplicaba a todas las entidades, esa situación quedó aclarada solo *“hasta el 6 de septiembre de 2018”*, fundamento que robusteció con el hecho que *“se produjo un nuevo auto por parte de esa misma corporación el mismo día 6 de septiembre dentro del expediente ...201800368, en el cual expresamente se vinculó el proceso de convocatoria adelantada para esta entidad dentro de la orden de suspensión del proceso, hasta que se dicte sentencia.”*

II. CONSIDERACIONES

1. En aras de resolver es preciso memorar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la acción de tutela fue instituida como un mecanismo extraordinario para salvaguardar de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o vulneración que se derive de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sin que pueda promoverse como una vía sustitutiva o alternativa de los medios ordinarios de defensa que el legislador ha consagrado, a menos de que éstos se tornen ineficaces o el amparo constitucional sea invocado como mecanismo transitorio para evitar

un perjuicio irremediable¹, el cual se estructura cuando sea “(i) cierto e inminente; (ii) grave; y (iii) de urgente atención”², con la salvedad que quien lo alegue deberá acreditar la concurrencia de tales circunstancias.

Así mismo, esta acción está sujeta a que el afectado no disponga de otros medios judiciales que le permitan reclamar los derechos invocados, toda vez que “... no es un mecanismo que sea factible de elegir, según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria...”³.

2. Ahora, en lo que respecta al proceso de selección dentro de los concursos de mérito, la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene sentado que éstos deben llevarse a cabo bajo los principios de confianza legítima e igualdad y, sujetarse a los requisitos y condiciones establecidas en la ley y actos administrativos para el efecto, de tal manera que conocidos ellos, los participantes deben sujetarse al proceso también en igualdad de condiciones, tanto a las reglas como al resultado obtenido, como lo es, la lista de elegibles. Con respecto a dicho acto administrativo, la citada Corporación ha dicho:

“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”.

Por otro lado, ha establecido que “aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.”

Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.”⁴

Y también que:

“Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente

¹ C.S.J. Sent. Marzo 28 de 2012 Exp. 76001 22 03 000 2012 00072 01

² Cort. Const. T-090 de 2013

³ Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 1993.

⁴ T-402 de 2012, entre otras

determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconfiguran dichas listas sin existir justo título que así lo autorice.”⁵

Además, reiteró que la acción de tutela sólo resulta procedente cuando: “(i) pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.”⁶

3. Con soporte en lo anotado, advierte la Sala que la jueza a quo no erró al conceder el amparo de la forma en que lo hizo, si se tiene en cuenta que: **i)** a través de Resolución N°20182120117985 de 16 de agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la lista de elegibles “para proveer una vacante..., denominado Profesional Especializado, Código 2028; Grado 20 del Sistema General de Carrera de la Agencia Nacional del Espectro ANE, ofertado a través de la Convocatoria N°428 de 2016”⁷, donde obtuvo la primera posición el señor Anibal Andrés Arroyo León; **ii)** que el anterior acto

⁵ Cort. Const. Sent. SU-913 de 2009

⁶ Cort. Const. Sent. T-441 de 2017

⁷ Folios 2 y 3

6

quedó en firme el **27 de agosto de 2018**⁸; *iii*) que con ocasión a la acción de nulidad N°2018-00368 el Consejo de Estado, mediante auto de **6 de septiembre de 2018**, resolvió “*ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, **suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentre adelantando** con ocasión del concurso de méritos abierto de las siguientes entidades: UAE Contaduría General de la Nación, Agencia Nacional del Espectro...*”⁹, de lo que se infiere que la citada lista de elegibles no hace parte de la suspensión, toda vez que para la data en que se ordenó la suspensión, ya se encontraba en firme y, por tanto, ya contenía presunción de legalidad, convirtiéndose en un derecho adquirido a favor de los que resultaron favorecidos, máxime de quien ocupó el primer lugar.

iv) Que dentro de otra acción nulidad con radicado N°2017-00326, el Consejo de Estado también decretó como medida cautelar, en auto de 23 de agosto de 2018, “*suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016 (2016 1000001296 del 29 de julio de 2018), hasta que se profiera sentencia*”¹⁰, sin embargo, tal providencia fue objeto de aclaración a través de auto de 6 de septiembre de 2018, en el sentido que la medida se debía aplicar “*solo respecto del Ministerio de Trabajo*”¹¹.

Como se ve, aun cuando las dos acciones de nulidad se dirigieron a decretar la suspensión del proceso de convocatoria, las mismas son diferentes, por tanto, el argumento del recurrente, relativo a que la lista de elegibles en la que resultó favorecido el accionante en el primer lugar no se encontraba en firme para cuando el Consejo de Estado decretó la suspensión, decae en el vacío, pues en la última quedó claro que tal medida decretada dentro del proceso N°2017-00326 sólo recayó en el Ministerio de Trabajo; en cambio, en la primera, se decretó la suspensión de manera general el 6 de septiembre de 2018, se itera, cuando la lista de elegibles ya se encontraba en firme.

⁸ Folio 4

⁹ Folios 11 a 19

¹⁰ Folios 172 a 180

¹¹ Folios 182 a 184

4. Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la providencia impugnada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

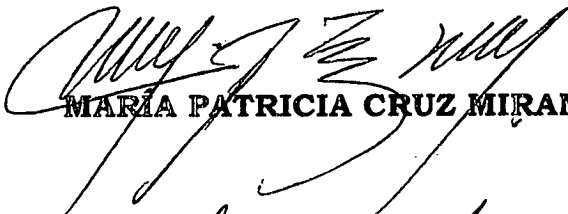
RESUELVE:

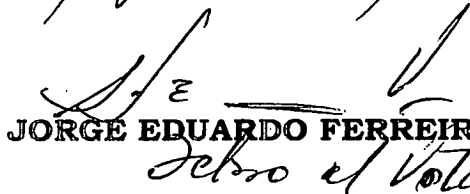
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá el 3 de octubre de 2018.

SEGUNDO. ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. DISPONER la remisión de lo actuado ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
debo el voto


JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

ACLARACIÓN DE VOTO

Ref: Acción de tutela de ANIBAL ANDRES ARROYO LEON VS. AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO. Exp. 20188851501.

Con el mayor comedimiento y respeto para con los restantes integrantes de la Sala de Decisión, manifiesto que acompañé el fallo de fecha 31 de octubre de 2018 que se ocupó de confirmar el de primer grado que había concedido el amparo constitucional solicitado, empero, esa determinación la apoyo en la consideración vertida por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el informe que aportara a este diligenciamiento con fecha 24 de septiembre de 2018, en el que explícitamente refiere que si bien es cierto la convocatoria No. 428 de 2016 fue suspendida provisionalmente por medida cautelar contenida en el auto de 23 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, expediente 11001-03-25-000-2017-0032600, posteriormente dentro del mismo diligenciamiento se produjo el auto 0-294-2018 del 6 de septiembre de 2018 aclarando la anterior providencia en el sentido que la cautela dispuesta hacía referencia solo al Ministerio de Trabajo. "Por tanto, las demás entidades que hacen parte de la Convocatoria No. 428 de 2016 no fueron suspendidas a través del proveído fechado 23 de agosto de 2018" (fl. 130 C.1).

En efecto, de no haber mediado la anterior situación me hubiera atendido al desarrollo de la convocatoria No. 428 de 2016, puntualmente en la estructuración que se hizo de la misma, encontrándose para la fecha en la fase "**5. Conformación de Listas de Elegibles**", sin que haya concluido el concurso pues resta por agotar la fase 6. Período de Prueba, es decir, lo antes anotado equivale a postular, se itera, que aún no ha culminado la actuación administrativa y, por ende otra habría sido la respuesta a la acción de tutela que nos ocupa.

A las anteriores precisiones se contrae mi aclaración.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO