



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
Ibagué, veintitrés (25) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA.
Accionante: JORGE ALEJANDRO CASTELLANOS BRAVO
Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-SERVICIO
NACIONAL DE APRENDIZAJE-UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
Radicación N°: 73001-33-33-009-2019-00011-00

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por Jorge Alejandro Castellanos Bravo, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Servicio Nacional de Aprendizaje y la Universidad Medellín.

1. PRETENSIONES

Solicita el accionante el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, trabajo y el acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por las entidades que han sido accionadas y que, en consecuencia, se les ordene dar la calificación máxima a su educación formal y se revisen y ajusten los resultados de la prueba técnico pedagógica.

2. HECHOS

Los que tienen relevancia jurídica son los siguientes:

- 2.1. Que se inscribió para participar en la convocatoria N° 436 de 2017, específicamente en la OPEC N° 59550, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Universidad de Medellín.
- 2.2. Que el 14 de agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó los resultados de la valoración de antecedentes, en donde se calificó su educación formal con 15 puntos, cuando lo correcto era calificarla con 20, razón por la cual presentó la correspondiente reclamación, que fue despachada de forma desfavorable el día 29 del mismo mes y año.

3. CONTESTACIÓN DE LA ACCION

3.1. SEVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Señaló que como los Acuerdos que regían la Convocatoria N° 436 de 2017 eran las normas reguladoras del concurso de méritos, en virtud a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el SENA en su calidad de entidad participante, se adhería a las respuestas que sobre el tema diera la Comisión Nacional del Servicio Civil, dado que la prueba de valoración de antecedentes era de competencia de la Universidad de Medellín, ésta última contratada por la CNSC.

3.2. UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

Afirmó que, mediante el contrato de prestación de servicios N° 119 de 2018, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, había sido delegada para que, durante

el proceso de selección de la Convocatoria N° 436 de 2017, desarrollara las pruebas de valoración de antecedentes y técnico-pedagógica, desde el diseño, la construcción, aplicación y calificación de las mismas, así como la atención de las reclamaciones presentadas por los aspirantes, hasta la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles.

Recordó que, conforme a lo señalado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, la convocatoria al concurso de méritos era la norma reguladora del mismo y a ella quedaban sujetos la CNSC, la entidad que convocaba al concurso y todos los participantes del mismo, razón por la que la acción de amparo constitucional resultaba improcedente para obtener la modificación del puntaje obtenido en la valoración de antecedentes.

Argumentó que la prueba de Valoración de Antecedentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Acuerdo de Convocatoria, tenía carácter clasificatorio y su objeto era la valoración de la formación y de la experiencia acreditada por el aspirante, adicional a los requisitos mínimos exigidos para el empleo a proveer, razón por la cual, aquellas condiciones con las cuales se había superado la etapa de verificación de requisitos mínimos no eran objeto de puntuación en esta prueba, de manera que, atendiendo la reclamación del actor, se habían revisado nuevamente los documentos aportados al momento de la inscripción, encontrándose que había adjuntado un título tecnológico como Administrador turístico y hotelero con el cual se había dado cumplimiento al requisito mínimo de estudio requerido por la OPEC y, por lo tanto, no podía ser considerado para otorgar puntuación en la prueba de valoración de antecedentes y porque los puntajes obtenidos correspondían a un hecho objetivo, verificable y conocido por el actor.

Señaló que de ninguna manera había vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante y, mucho menos, se le estaba causando un perjuicio irremediable, por cuanto tal y como se constata con la respuesta de tutela, las certificaciones de experiencia aportadas habían sido verificadas y valoradas a la luz de las reglas y condiciones establecidas en el Acuerdo de Convocatoria; mismas que, adicionalmente, habían sido aceptadas al momento de la inscripción en el Concurso de Méritos.

En cuanto a la Prueba Técnico Pedagógica, señaló que requirió de una planeación donde la CNSC, el SENA y la Universidad de Medellín, habían establecido las especificaciones, objetivos y forma de la misma, partiendo de una fundamentación conceptual que incluía las características organizacionales del SENA, como entidad del Sistema Especial de Carrera Administrativa, las redes de conocimiento y el área temática de los requisitos establecidos para el cargo de Instructor y de los Acuerdos de Convocatoria, así que la metodología utilizada era una estrategia sistemática basada en la prueba de ejecución, la cual pretendía poner en práctica todo el conocimiento y dominio de las habilidades y/o destrezas que tenía el aspirante de transmitir el conocimiento de una manera clara y dinámica, lo cual permitía comprobar si el aspirante realizaba adecuadamente los procesos para desarrollar o alcanzar determinada actividad y si obtenía los productos esperados en una situación práctica; ya sea en aulas de formación o en aulas convencionales. Por consiguiente, cada una de las habilidades a evaluar había sido definida por un conjunto de indicadores, por lo cual la respuesta que el candidato genere a partir de su micro clase, era comparada con la escala de valoración en cada rúbrica.

Adujo que una vez presentada la correspondiente reclamación por parte del actor en cuanto a la valoración de su prueba, se había analizado el caso particular y se había verificado que no se habían presentado irregularidades que afectaran el

desarrollo de la Prueba y mucho menos inconsistencias en su calificación, motivo por el cual, se había confirmado la puntuación obtenida.

3.3. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y solicitó declarar la improcedencia de la acción, por cuanto el actor contaba con otros mecanismos jurídicos de defensa para atacar los acuerdos mediante los cuales se había dispuesto la aplicación y evaluación de las pruebas, los cuales, a la fecha, se encontraban en firme y surtiendo plenos efectos jurídicos, por cuanto no habían sido suspendidos, ni declarados nulos.

Recordó además que de acuerdo a lo señalado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria era la norma reguladora de todo el concurso y obligaba a la administración, a la entidades contratantes para su realización y a los participantes del concurso de méritos, de manera que sus contenidos no podían ser desconocidos so pretexto de haber obtenido una baja calificación, máxime si se tenía en cuenta que las reglas para el desarrollo de la prueba técnico-pedagógica estaban previamente definidas en los acuerdos de la convocatoria, así como en la guía de orientación al aspirante y preguntas frecuentes, sobre la misma, las cuales habían sido publicadas en la página web de la entidad.

Señaló que sus actuaciones, dentro de la mentada convocatoria, se encontraban ajustadas a derecho y a los parámetros del concurso y los reglamentos expedidos al efecto, por cuanto se había dado publicidad a cada una de las etapas y actuaciones pertinentes y porque se había resuelto en debida forma, y dentro del plazo señalado para el efecto, la inconformidad planteada por el aspirante en cuanto a las calificaciones obtenidas, solo que, por haberse resuelto el recurso en contra de sus intereses, pretendía ahora, vía acción de amparo constitucional, obtener la variación de sus resultados, lo cual a todas luces resultaba un despropósito y escapaba de la órbita de acción de la tutela.

Finalmente informó que para el empleo 59550, para el cual se había presentado el accionante, el 24 de diciembre de 2018 se había expedido la lista de elegibles, mediante la Resolución N° CNSC-20182120181945, la cual había sido publicada el 04 de enero de 2019 y había adquirido firmeza el día 15 del mismo mes y año, y en la que el actor figuraba en segunda posición, de manera que atendiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, una vez en firme la lista de elegibles, se tornaba en inmodificable y surgía para los concursantes que ocupaban un lugar de elegibilidad dentro del concurso de méritos, el derecho a ser nombrado en el cargo para el cual había participado, razón por la que se debía declarar la improcedencia del presente medio de control constitucional.

4. TRAMITE PROCESAL.

El escrito de tutela fue radicado el 16 de enero de 2019, admitido en auto de la misma fecha, en el que se ordenó oficiar a las entidades accionadas y, además, se dispuso la vinculación de los participantes de la convocatoria N° 436 de 2017, OPEC N° 59550 y la publicación en la página del Juzgado y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre la iniciación del trámite de amparo constitucional.

De otro lado y en providencia del mismo día, se denegó la medida provisional solicitada por el extremo activo.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el art. 1° del Decreto 1983 de 2017.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá determinar el Despacho si:

- 5.2.1. En el caso concreto, resulta procedente la acción de amparo constitucional para alcanzar los fines con ella perseguidos.
- 5.2.2. Existe mérito para amparar los derechos fundamentales reclamados por el accionante y, en consecuencia, si resulta procedente disponer la orden en el sentido que se pretende.

5.3. CARÁCTER SUBSIDIARIO Y RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de las acciones u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Sobre su carácter subsidiario y residual, el artículo 86 constitucional dispone que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales.

En armonía con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados; (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (iii) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

En relación con el tema, la Corte Constitucional en Sentencia T-129 del 2009, señaló:

“... en lo que tiene que ver con el principio de subsidiariedad, mediante su fijación como requisito de procedibilidad se evita que la jurisdicción constitucional vacíe las competencias administrativas o judiciales confiadas a otras autoridades. En ese sentido, es preciso recordar que la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra comprometido con la exigencia de garantizar la prevalencia reconocida a los derechos fundamentales por la Carta (artículo 5°). En consecuencia, la totalidad de las actuaciones desarrolladas por las distintas ramas del poder público no sólo se encuentran sometidas a lo dispuesto en el texto constitucional, sino que, adicionalmente, los instrumentos judiciales y administrativos que ante aquellas pueden ser promovidos por los ciudadanos se encuentran orientados, en últimas, a asegurar el impostergable mandato de protección de los derechos fundamentales.”

De acuerdo con tal consideración, se concluye que la acción de tutela no es el único medio judicial del cual dispone la ciudadanía para hacer valer sus derechos fundamentales pues, en oposición, el conjunto de acciones y recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico son instrumentos aptos para dicha labor. Sólo de esta manera puede comprenderse la naturaleza residual de la acción consagrada en el artículo 86 constitucional, en virtud de la cual aquella sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales la persona no cuenta con un instrumento judicial o administrativo de defensa o, en segundo término, cuando ante una específica amenaza de vulneración de derechos fundamentales los mecanismos ordinarios de amparo no resultan idóneos para conjurar el aludido riesgo que se cierne sobre tales garantías.”

Para que la acción de tutela se torne improcedente¹, no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario constatar la eficacia de este último para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica que el juez constitucional debe realizar un estudio ponderado del mecanismo “ordinario” previsto por el ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, examinar detenidamente la situación del solicitante.

La Corte Constitucional ha precisado cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales, así, en la sentencia T-003 de 1992, sostuvo que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial:

“(…) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”.

Sobre el tema, se aseveró² que correspondía al juez de tutela indagar si la “acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados”, criterio jurisprudencial que cimentó la Corte Constitucional en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos³ para precisar las características que debía reunir el otro medio de defensa judicial para desplazar a la acción de tutela, y concluyó que éste debía ser sencillo, rápido y efectivo⁴, de conformidad con lo previsto en dicho instrumento internacional. Criterio que ha sido reiterado en numerosos fallos posteriores.

¹ Sentencia SU-339-11.

² Sentencia T-006 de 1992

³ Cuyo tenor es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴ Términos cuyo alcance fue precisado de la siguiente manera: “La “sencillez” del medio judicial se determina según la mayor o menor complejidad del procedimiento y las limitaciones de orden práctico que ello suponga para que el afectado pueda tener posibilidades reales de iniciar y mantener la correspondiente acción, atendidas sus condiciones socio-económicas, culturales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encuentre. Las peticiones que a este respecto formulen las personas pertenecientes a los grupos discriminados o marginados deben merecer especial consideración, pues la acción de tutela puede ser una medida de favor que mitigue en algo la desigualdad que tradicionalmente ha acompañado a estos grupos (C.P. art. 13).

La “rapidez” del medio judicial está relacionada con la mayor o menor duración del proceso y el efecto que el tiempo pueda tener sobre la actualización de la amenaza de violación del derecho o las consecuencias y perjuicios derivados de su vulneración, para lo cual deberán examinarse las circunstancias del caso.

La “efectividad” del medio judicial es una combinación de las dos notas anteriores, pero se orienta más al resultado del proceso y por ello se relaciona con la medida de protección ofrecida al afectado durante el proceso y a su culminación. Aquí el juez debe analizar a la luz de los procedimientos alternativos, cuál puede satisfacer en mayor grado el interés concreto del afectado, lo cual en modo alguno implica anticipar su resultado sino establecer frente a la situación concreta, el tipo de

En definitiva, de la interpretación sistemática del artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha concluido la Corte Constitucional⁵, que han de existir instrumentos realmente efectivos e idóneos para la protección de los derechos; cuando ello ocurre, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige⁶.

5.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS

La jurisprudencia constitucional ha establecido la pertinencia de la acción de tutela, pese a la existencia de otro medio judicial adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando este no resulta idóneo para proteger en toda su dimensión los derechos fundamentales amenazados.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela dentro de concursos de méritos, el Consejo de Estado⁷ ha señalado, que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, prevé que la acción de tutela no es la vía pertinente cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pero que dicho medio alterno debe ser eficaz, pues, de lo contrario, la tutela procede como mecanismo judicial de protección.

Tal como lo aceptó nuestro órgano de cierre⁸, las decisiones que se dictan durante el concurso de mérito son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan, se hacen para impulsar y dar continuidad al proceso propio de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas.

En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido que la tutela puede ser procedente dentro de alguna de las etapas de concurso público de méritos, a pesar de que pueda existir otro medio de defensa judicial, pero sólo mientras no se configure la lista de elegibles que reconozca derechos subjetivos de los participantes que la integren, pues en ese evento, la acción constitucional de tutela no resulta procedente.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido, que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos.

En desarrollo de esta postura, la Corte Constitucional ha explicado que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración y por ello⁹:

“Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato,

violación del derecho o de amenaza, la complejidad probatoria, las características del daño o perjuicio y las condiciones del afectado, entre otros factores, lo adecuado o inadecuado que puedan ser los medios judiciales ordinarios con miras a la eficaz protección de los derechos lesionados”.

⁵ Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997.

⁶ Ver, Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998 y T- 287 de 1995.

⁷ Sentencia de 3 de abril de 2008, Exp. AC- 2008-00009, M.P. doctora Ligia López Díaz

⁸ Sentencia AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

⁹ Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008

directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos 'se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo al as leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)'. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. (...)

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer."

Así las cosas, al configurarse la lista de elegibles que crea derechos ciertos en favor de sus participantes, la administración no puede desconocer su contenido, ni la acción de tutela resulta procedente para impedir su materialización, ni siquiera de manera provisional para evitar un perjuicio irremediable, en tanto tal disposición lesionaría los derechos fundamentales que le asisten al ciudadano que cumplió con todos los requisitos para ser nombrado en la respectiva entidad, luego de superar el concurso de méritos al que fue convocado y, por lo tanto, la legalidad de la actuación solo puede ser desvirtuada por el Juez de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a asuntos como el sub judice, en los que se controvierten decisiones relacionados con concursos de méritos, la Jurisprudencia ha estudiado la procedencia del mecanismo Constitucional¹⁰ así:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario, que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, en los términos prescritos por la ley. Procede cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo otro medio alternativo de protección, éste no resulta idóneo para su amparo efectivo. Asimismo, procede como mecanismo transitorio, en aquellas circunstancias en las que, a pesar de existir un medio adecuado de protección, se requiere evitar un perjuicio irremediable, por lo que se exige una perentoria acción constitucional.

Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria.

¹⁰ Sentencia T-682 de 2016.

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) "aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional". (ii) cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional."

En línea con lo anterior, en sentencia T-386 de 2016, destacó nuestro Tribunal Constitucional:

"Ahora bien, en el caso de la procedibilidad de la acción de tutela en concursos de méritos, esta Corte ha realizado algunas precisiones adicionales. En la sentencia SU-617 de 2013, la Corte señaló que era necesario determinar si en el marco de un concurso la demanda radica sobre actos administrativos de trámite, pues estos simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

En ese mismo pronunciamiento, la Sala Plena precisó que el artículo 75 del CPACA, Ley 1437 de 2011, determinó que por regla general los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, y que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien mediante alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. De manera que, contra la acción de tutela solo procedería de manera excepcional, cuando el citado acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y cuando además se demuestre que resulta en una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

Recientemente, en la sentencia SU-553 de 2015, la Sala Plena de la Corte se refirió de manera especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos relacionados con la provisión de cargos en la rama judicial. Al respecto, se explicó que por ejemplo la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda

vigencia, pues como consecuencia de ello, no se le podría garantizar la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se reiteró que la Corte ha fijado (Sentencia T-090 de 2013) dos subreglas para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos: "(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor."

En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración."

5.5. PROVISIÓN DE CARGOS PÚBLICOS MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS

La Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; en el mismo sentido, el artículo 125 señala: "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera".

La Corte Constitucional ha indicado que el régimen de carrera encuentra su fundamento en tres objetivos básicos: "1) El óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; 2) Para garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y 3) Para proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo."¹¹

Es necesario tener en cuenta que, la convocatoria para proveer cargos de carrera, se orienta a atraer y retener a los ciudadanos más idóneos, para que estos se desempeñen como empleados públicos de una determinada entidad, basándose en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio.

Con relación al concurso de méritos, su naturaleza y fines, el Consejo de Estado ha dicho¹²:

"Es preciso aclarar que el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución Política para que, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer

¹¹ Sentencia 1079 del 5 de dic. 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta. CP Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Sentencia de Tutela de 14 de junio de 2018. Exp. 68001-23-33-000-2017-01321-01(AC)

los empleos del sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

Así mismo, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 C.P.).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino también los parámetros a los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para adelantar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles.

Hacer caso omiso de las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse a su cumplimiento, atenta contra el principio de legalidad al que está sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación”.

Respecto de la obligatoriedad de lo establecido en las convocatorias, la Corte Constitucional, en sentencia T-829 de 2012¹³, afirmó:

“(…) Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían los principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

¹³ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6. CASO CONCRETO

Jorge Alejandro Castellanos Bravo, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, trabajo y el acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por las entidades que han sido accionadas y que, en consecuencia, se les ordene se les ordene dar la calificación máxima a su educación formal y se revisen y ajusten los resultados de la prueba técnico pedagógica.

Se ha logrado demostrar que el actor se inscribió para participar en la convocatoria N° 436 de 2017, específicamente en la OPEC N° 59550, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Universidad de Medellín y que, según lo acredita esta entidad, mediante la Resolución N° N° CNSC-20182120181945 del 24 de diciembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer el cargo al que aspiraba el actor, la cual adquirió firmeza el día 15 del mismo mes y año, quedando así:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. 59550, así:

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	1110494506	VANESSA ALEJANDRA	ALDANA SARMIENTO	83.49
2	CC	80101607	JORGE ALEJANDRO	CASTELLANOS BRAVO	83.28
3	CC	28551003	PAOLA JULIET	LEON PEÑA	81.24
4	CC	38250492	YANET	TOQUICA GÓMEZ	73.97

Conforme a lo anterior, se observa entonces que el accionante obtuvo el segundo lugar, con un puntaje total de 86.28 sobre 100 puntos posibles.

Así las cosas se evidencia que, en el caso concreto, no resulta procedente la intervención de juez constitucional, en consideración a que, como ha quedado ilustrado, al estar conformada la lista de elegibles de la que se proveerán las vacantes definitivas de la convocatoria N° 436 de 2017, respecto de la OPEC N° 59550, han surgido derechos subjetivos en favor de sus participantes que no pueden ser desconocidos por una acción de amparo constitucional, so pretexto de invalidar una actuación administrativa que se predica irregular.

La anterior posición encuentra respaldo en reciente jurisprudencia adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima¹⁴, en la que, en un caso similar, se declaró la improcedencia de la acción, por cuanto la lista de elegibles ya se encontraba en firme y, por lo tanto, no se podían desconocer los derechos consolidados de los ciudadanos que hacían parte de la misma.

Sumado a lo anterior, no puede concluirse que a la parte actora se le pueda causar un perjuicio irremediable con la negativa de modificar el puntaje obtenido o de ordenar la revisión de antecedentes y la repetición de la prueba técnico pedagógica, por cuanto, de un lado, no se ha demostrado que la calificación asignada haya obedecido al capricho o arbitrariedad de los jurados evaluadores, se haya adoptado de manera irregular o con desconocimiento de los principios de igualdad, transparencia e imparcialidad que deben guiar el concurso y, de otro, al presentarse al aludido concurso, el accionante tan solo tenía unas expectativas de acceder a un cargo público, las cuales se vieron frustradas por el legítimo y superior derecho del ciudadano que obtuvo una mayor calificación en los componentes objeto de evaluación, de manera que previo a la confección a la lista de elegibles, no existía

¹⁴ Tribunal Administrativo del Tolima, M. P. Luis Eduardo Collazos Olaya, sentencia del 27 de septiembre de 2018, Rad: 73001-33-33-011-2018-00352-01, Interno: 332-2018, Accionante: Kelly Tatiana Vergara Ramirez vs ICBF-CNSC

para ninguno de los participantes certeza absoluta de acceso al empleo pretendido, el cual, como se ha dicho, se configuraba con la firmeza del aludido listado y este solo hecho no habilita la intervención del juez de tutela, en detrimento del ciudadano que válidamente obtuvo una mayor calificación.

Bajo tal perspectiva, para el Despacho no se advierte por parte de las accionadas, que su actuar se encuentra cubierto de visos de parcialidad, arbitrariedad o desproporción, pues contrario a lo alegado, puede decirse que encuentra un amparo jurídico que respalda su actuación; por lo tanto, debe resaltarse, la tutela para el caso sub judice, no resulta ser el adecuado escenario para ventilar el disenso así esbozado por el libelista, en tanto el mismo es sumario, residual y perentorio; encontrándose como apropiados otros escenarios judiciales que cuentan con los tramites instituidos al efecto y para los fines que aquí pretende ventilar la parte activa.

Como colofón de lo afirmado, para el Despacho no existe merito suficiente para estimar como procedente la acción impetrada y en consecuencia, así se declarará.

Por lo anterior, se profiere la siguiente:

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

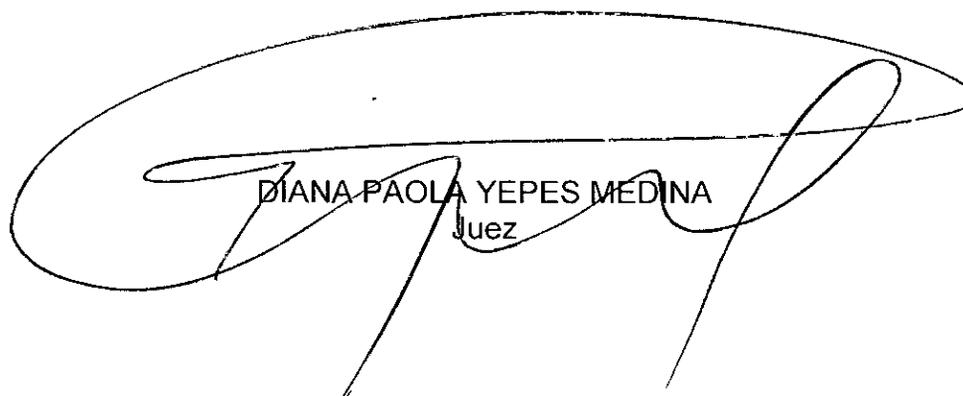
PRIMERO: DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela incoada por Jorge Alejandro Castellanos Bravo, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Servicio Nacional de Aprendizaje y la Universidad Medellín.

SEGUNDO: Por Secretaria, NOTIFICAR este fallo a las partes por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar el día siguiente de haberse proferido, según disposición del artículo 30 de Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: PUBLICAR la presente providencia, en la página web de este Juzgado y de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, link convocatorio N° 436 de 2017, respecto de la OPEC N° 59550, para conocimiento público de los demás participantes y a efectos de que los terceros con interés, puedan ejercer su derecho de contradicción si así lo estiman.

CUARTO: En caso de no ser impugnada esta sentencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional, en la oportunidad señalada por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA PAOLA YEPES MEDINA
Juez