



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 19 de diciembre de 2019

sentencia de tutela No. 149

Accionada: Carlos Eduardo Barreto Guevara
Accionante: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad Libre
Derechos Invocados: Debido Proceso
Radicado: 110013335-017-2019-00494-00
Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

No evidenciando causal alguna de nulidad y agotadas las etapas previas, se procede a decidir la Acción de Tutela de la referencia por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo e igualdad, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

Demanda. Solicita se (i) se tutelen los derechos fundamentales de igualdad, al debido proceso administrativo y defensa; (ii) como consecuencia de la anterior declaración, solicita se ordene a la CNSC y a la Universidad Libre la fijación de una nueva fecha en la que se exhiban los cuadernillos de preguntas y respuestas relacionados con el proceso de selección 740 y 741 del Distrito Capital, se otorgue un tiempo igual al establecido para la aplicación de las pruebas escritas para la revisión de tales documentos y, la posibilidad de su reproducción o la toma de notas; (iii) que los efectos del fallo sean inter cónmunis.

Contestación de la Universidad Libre señala al despacho que el caso propuesto es un hecho superado como quiera que se resolvió de manera integra, la reclamación administrativa interpuesta contra los resultados de la prueba de conocimiento, resaltando que el tutelante, no obstante ser citado, no acudió al lugar dispuesto para tal fin el día 1º de septiembre de 2019 para revisar los cuadernillos de preguntas y las hojas de respuesta solicitada en la reclamación, razón por la cual no tuvo derecho a realizar una complementación a la reclamación inicial presentada.

Como quiera que la respuesta a la reclamación presentada es comunicada el 6 de diciembre de 2019 a través de su correo electrónico, señala que el tutelante tiene otros mecanismos de defensa judicial, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para el restablecimiento de los derechos vulnerados, teniendo la posibilidad de que el juez contencioso adoptar una medida cautelar para mantener la efectividad de su decisión judicial y la inexistencia de algún perjuicio irremediable

Contestación de la CNSC resalta la improcedencia de la acción por no ser la vía idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, la inexistencia de algún perjuicio irremediable y no demostrarse la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama

Competencia. Como se evidencia a folios 77 y 86, este despacho dispuso remitir la presente acción de tutela al Juzgado 26 Administrativo Oral de Bogotá por evidenciar que se persigue la protección de los mismos derechos fundamentales y las mismas pretensiones de la demanda. No obstante, el proceso fue de vuelta por considerar el juzgado que las acciones fueron admitidas en la misma oportunidad, esto es, el 5 de diciembre de 2019.

Así las cosas, este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y 1983 de 2017.

Legitimación por activa. La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares¹.

En el presente asunto la acción de tutela es presentada por el señor Carlos Eduardo Barreto Cabrera, en nombre propio para efectos de que protejan los derechos fundamentales invocados, en consecuencia la fijación de una nueva fecha para la exhibición de los cuadernillos de preguntas y respuestas relacionados con el proceso de selección con un tiempo superior a las dos horas establecidas en la guía de acceso a las pruebas escritas

Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del mencionado Decreto.

En el caso las demandadas gozan de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela, por ser las encargadas del proceso de selección en las Convocatorias 740 y 741 del Distrito Capital, especialmente la universidad libre quien contesto la reclamacion presentada contra el resultado de las pruebas de conocimiento.

Procedibilidad de la acción de tutela – Subsidiariedad e inmediatez

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"* (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede *"cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto"* (art. 6-5 D. 2591/91).

En Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional señaló cuáles son los actos de trámite y cuáles los definitivos en tratándose de los concurso de méritos y la procedencia de la acción de tutela atendiendo a la naturaleza de los actos administrativos, teniendo en cuenta el caso concreto:

5.1. Vistas las anteriores definiciones, dentro de las etapas del concurso de docentes señalada en acápite anterior, los actos previos a la conformación de la lista de elegibles, entre los que se encuentra la publicación de los resultados obtenidos en las pruebas, son verdaderos actos de trámite en tanto que le dan impulso al proceso de selección, pero no definen la actuación. Ha sostenido el Consejo de Estado, en relación con la naturaleza de la publicación de los resultados de un concurso de méritos que:

"(...) las publicaciones de los resultados del concurso, son determinaciones que constituyen actos de trámite, los cuales fueron expedidos dentro de la actuación propia del concurso y las determinaciones que en ellos se adoptan, se realizan justamente para impulsar y dar continuidad al proceso propio de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas."²

Así como se indicó en el capítulo anterior, por disposición del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, contra el acto de la publicación de resultados de las pruebas en un concurso de mérito no proceden los recursos y por tanto, tales actos no requieren ser notificados personalmente, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del mismo estatuto, solamente se notifican en forma personal, las decisiones que pongan término a una actuación administrativa.

¹ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

² Consejo de Estado, Sentencia del 11 de octubre de 2007, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, al pronunciarse sobre un caso de similares características al que hoy ocupa la atención de esta Sala de Revisión. Esta posición del Consejo de Estado fue retomada por la Corte Constitucional en Sentencia T-588 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que decidió un asunto de similares características a las que hoy ocupa la atención de esta Sala de Revisión.

(...)

6.4. En los casos de la referencia en los que los actores cuestionan el acto de la publicación de resultados de las pruebas practicadas con ocasión del concurso de méritos de docentes y directivos docentes a nivel nacional, que –como se indicó en los acápites anteriores–, constituyen actos de trámite contra los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, por regla general, no proceden los recursos por la vía gubernativa, ni tampoco las acciones contencioso administrativas, los accionantes carecen, prima facie, de otros medios de defensa judicial y, por tanto, de acciones eficaces para la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados por los peticionarios en cada una de las acciones de tutela.

(...)

En efecto, el riesgo que se describe no es hipotético. Se funda en la percepción que tiene la jurisdicción contencioso administrativa sobre la naturaleza de los actos de trámite o de ejecución, los cuales, se ha dicho, no son susceptibles de acción jurisdiccional. A título de ejemplo, se resalta lo mencionado en una reciente providencia del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, en la que se afirmó sobre los actos de trámite que:

"(...) al ser un acto que no define una actuación determinada, se tiene que el mismo no contiene una declaración de la administración que cree, transforme o extinga una situación jurídica determinada, por lo que sería inane una declaración judicial sobre un acto que analizado individualmente, no tiene efectos jurídicos claros y concretos.

La doctrina se ha referido al caso de la impugnación judicial de actos de trámite, conceptuando que:

"Dentro de los actos excluidos de la jurisdicción contenciosa, en principio, se pueden distinguir los actos de trámite de los actos definitivos. El acto de trámite no incide en la decisión de la misma que haya de tomarse, tiene en cuenta aspectos de puro procedimiento."³ (Las subrayas fuera del original).

También la justicia constitucional se ha pronunciado sobre este hecho. En la sentencia SU-201 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), esta Corte afirmó que era procedente la acción de tutela contra situaciones generadas por actos administrativos de trámite, dado que en general éstos no son susceptibles de acción contenciosa".

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, la tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales, lo que para el caso concreto se evidencia pues la respuesta de la Universidad Libre data del 20 de septiembre de 2019 y la presentación de la acción de tutela el 3 de diciembre.

El concurso de méritos

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Convocatoria al concurso de méritos se constituye en una norma de obligatorio cumplimiento y cualquier inobservancia vulnera los derechos fundamentales de debido proceso, igualdad, buena fe y solo la ocurrencia de factores exógenos hacen viable la variación de las etapas, pero con la debida publicidad a los participantes de la convocatoria.

En **SU 446 de 2011**, la Corte Constitucional se refirió a la obligatoriedad en el cumplimiento de la convocatoria, de la siguiente manera: "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

³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de agosto de 2004, expediente 12279, con ponencia del H. Consejero Ramiro Saavedra Becerra, en la que esa Corporación se inhibió de fallar de fondo en un asunto sometido a su consideración, pues la demanda pretendía la nulidad de un acto considerado por la Sala como de trámite.

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"

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia **SU-913 de 2009** determinó que: "(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

En el mismo sentido en sentencia **T – 090 de 2013**, la misma Corporación adujo que: "la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa".

Últimamente, en sentencia **T-682 de 2016**, la Corte señaló: "5.5.7. En resumen, la convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe. Las reglas del concurso autovinculan y controlan a la administración, y se vulnera el derecho del debido proceso cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Solo en casos excepcionales, y por "factores exógenos", como señala el precedente de la Corporación, cuando se varían las etapas o normas, dicha modificación debe ser publicitada a los participantes. Reglas que deben ser precisas y concretas, con el fin de que los aspirantes tengan un mínimo de certeza frente a las etapas del proceso de selección y la duración de las mismas, que no los someta a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas".⁴

Caso concreto.

De conformidad con la revisión efectuada en la página www.cnsc.gov.co, a través de los Acuerdos No. CNSC -201810000006046 del 29-09-2018 se establecieron las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Gobierno identificado como proceso de selección No. 740 de 2018.

⁴ T-682 de 2016.

Fueron ofertadas 442 vacantes y se estableció la estructura del proceso y para la selección de aspirantes de acuerdo con las siguientes fases:

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones – Venta de derechos de participación.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas.
 - 4.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales.
 - 4.2. Pruebas sobre competencias comportamentales.
 - 4.3. Valoración de antecedentes
5. Conformación de lista de elegibles.
6. Periodo de prueba.

Respecto de las pruebas, el artículo 27 estableció que la CNSC y/o la universidad o institución de educación que se contrate para el desarrollo del concurso, informaría a través de su página web, la fecha a partir de la cual los aspirantes admitidos en la Convocatoria "Proceso de Selección No. 740 de 2018 – Distrito Capital",..., deben ingresar su usuario y contraseña, al SIMO o su equivalente, para consultar la fecha, hora y lugar de presentación de las pruebas.

Una vez presentadas las pruebas, de acuerdo con los artículos 31, 32 y 33 se publicarían los resultados, se recibirán las reclamaciones y en caso de que el aspirante manifieste la necesidad de acceder a las pruebas se adelantaría el proceso establecido en los reglamentos y protocolos expedidos por la CNSC y el aspirante solo podría acceder a las pruebas a él aplicadas.

De acuerdo con el artículo 34, para atender las reclamaciones, la universidad o institución de educación contratada, es este caso, la Universidad Libre, podría utilizar la respuesta conjunta, única y masiva de conformidad con la Sentencia T-466 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional y lo previsto por el artículo 22 del Código Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 22 de la Ley 1755 de 2015, contra dicha decisión no procedería recurso alguno.

Descendiendo al caso en estudio, este Despacho evidenció que el actor se presentó a la Convocatoria 740 de 2018 para el cargo de **Auxiliar Administrativo grado 27, código 407, nivel asistencias, número OPEC 75626** (f. 26.) Una vez se publicaron los resultados el tutelante hizo la reclamación respectiva, solicitando tener acceso a los cuadernillos y hojas de respuestas.

El tutelante fue citado el 1º de septiembre de 2019 para efectos de que pudiera tener acceso a las pruebas, no obstante el accionante no asistió a lugar dispuesto para la exhibición de los cuadernillos y hojas de respuesta, razón por la que no tuvo derecho a realizar una complementación a la reclamación inicial.

En este sentido es dable poner de presente que el tutelante a través del mecanismo de amparo pretende revivir la oportunidad brindada por la administración para revisar los cuadernillos y hojas de respuesta términos con el objeto de complementar la reclamación inicial presentada dentro de los términos, razón por la que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener una nueva oportunidad para adicionar la reclamación presentada contra los resultados de las pruebas de conocimiento.

La garantía particular de acceder a las pruebas de conocimiento para efectos de complementar el escrito de impugnación son demostradas por la administración cuando se le otorga la posibilidad al actor de acceder a ellas en los términos del acuerdo y si esta posibilidad no es tomada, como acontece en el caso, se debe entender que el administrado está conforme con no revisar las pruebas como se solicita en el escrito de tutela.

De esta manera, cuando no se hace uso de los mecanismos administrativos creados para efectos de no vulnerar el derecho de igualdad y el debido proceso, no es dable utilizar la acción de tutela para tal

fin, estando a cargo del accionante demostrar que ejerció sus derechos en las oportunidades brindadas y que pese a ello, los mismos no fueron suficientes para su protección

Así las cosas, la administración ha cumplido el acuerdo del concursal sin que se avizore la vulneración de los derechos fundamentales invocados, habiéndose complementado la contestación a la reclamación presentada y comunicado la misma en los términos de la convocatoria, norma de obligatorio cumplimiento tanto para los aspirantes como para la administración, demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y del cual se predica la presunción de legalidad de todo acto administrativo.

Finalmente, respecto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Mp. Jaime Enrique Rodríguez Navas, que cita el tutelante, en la que se ampararon los derechos a la información, defensa y debido proceso administrativo y se ordenó al Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura y a la Universidad Nacional de Colombia dentro de las 48 horas siguientes inicie los trámites para la fijación de una nueva fecha en la que se exhiban los cuadernillos de preguntas y respuestas de la Convocatoria 27 a los accionantes en cada una de las acciones de tutela acumuladas y se otorgue un término superior a 90 minutos para su revisión, se debe citar el numeral quinto de la parte resolutive que, si bien dispone que tiene efectos inter comunis, claramente aclara:

"Por tal razón, se extiende el amparo y las órdenes para ello, **a todas las personas aspirantes que participaron en la Convocatoria 27 para proveer los cargos de funcionarios en la Rama Judicial**", orden que no involucra otros aspirantes, ni convocatorias como se pretende con esta tutela.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor CARLOS EDUARDO BARRETO CABRERA, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a las accionadas y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Ejg