|  |  |
| --- | --- |
| Ciudad y fecha | **Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)** |
| Referencia | **Expediente No. 1100133360342020012700** |
| Accionante | **Brayan Kevin Mamayate Araque** |
| Accionado | **Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) - Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario (INPEC)** |
| Medio de control | **Tutela** |
| Asunto | **Sentencia de primera instancia** |

**SENTENCIA**

El despacho decide la acción de tutela que presentó el señor **Brayan Kevin Mamayate Araque** en contra de **Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)** y el **Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario (INPEC)**, para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad y petición.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Síntesis del caso**

1.Manifestó el accionante que la CNSC y el INPEC suscribieron contrato para la ejecución de la convocatoria 800 de 2018, la cual fue reglamentada mediante Acuerdo 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, inicialmente en número de vacantes ofertadas para dragoneantes fue 240. Indicó que en la convocatoria se dispuso lo siguiente: “*En el evento en que se generen nuevas vacantes, por cualquier motivo y a solicitud del INPEC, se podrá incrementar el número de vacantes ofertadas en el presente proceso de selección, sin que ello afecte las demás condiciones con las que fue ofertado el concurso - curso de méritos.”*

2.Resaltó que superó las etapas eliminatorias y clasificatorias del concurso, y le falta la etapa de valoración médica, la cual considera puede presentar si las accionadas dan aplicación a lo dispuesto en el acuerdo (artículo 44), y actualizan la OPEC en el número de vacantes. Sin embargo, los accionados no cumplen no anterior, pues las OPEC no están actualizadas, a pesar de las peticiones radicadas por el actor el 30 de marzo de 2020 y a lo dispuesto en el Decreto 150 de 2020.

3. Según considera el actor, el Acuerdo 20181000006196 del 12 de octubre de 2018 creó un mandato imperativo a cargo del INPEC, a través del cual debe solicitar la ampliación de las vacantes, cuando se generen, en cualquier etapa del concurso. Ahora, agregó que estos concursos tienen un límite de edad, por lo que, en caso de admitirse las omisiones de los accionados se causaría un perjuicio irremediable al accionante, dado que ya no podrá acceder al concurso.

4. Por lo último, informó que otorgó poder a un abogado para presentar demanda ante lo contencioso administrativo. No obstante, debido a la emergencia sanitaria y a la suspensión de términos es imposible, por lo cual interponer la presente acción de tutela, con el fin que se protejan sus derechos fundamentales de manera transitoria y, en consecuencia, se ordene a las accionadas que citen al accionante a valoración médica y continuar con el proceso del concurso.[[1]](#footnote-1)

**2. Contestación de las accionadas**

**2.1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.**

5. Solicitó ser desvinculado de la presente acción de tutela, dado que considera que las pretensiones del accionante son de competencia exclusivamente de la CNSC, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley 909 de 2004, por lo que, hay falta de legitimación en la causa respecto del INPEC. Adicionalmente indicó que, según lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 cuando exista otro mecanismo de defensa la tutela no será procedente, y comoquiera que para el presente caso el CPACA ha establecido mecanismo de control, donde el juez podrá tomar las medidas que considere eficaces para la protección de los derechos fundamentales, la presente tutela se torna improcedente.

**2.2. Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC**

6. Indicó que la presente acción es improcedente, pues el actor dispone de otros mecanismos judiciales y no demostró que se encuentre ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

7. Señaló que, la CNSC por solicitud del INPEC adelantó la convocatoria 800 de 2018 y expidió el Acuerdo No. 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, el cual según el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 es la norma reguladora del concurso y, por tanto, obliga. Asimismo, anotó cuales son las etapas del Acuerdo 20181000006196 del 12 de octubre de 2018 y la Convocatoria No. 800 de 2018, las cuales son: *1. Convocatoria y divulgación 2. Adquisición de Derechos de participación e Inscripciones 3. Verificación de Requisitos Mínimos 4. Aplicación de pruebas 4.1. Prueba de Personalidad 4.2. Prueba de Estrategias de Afrontamiento 4.3. Prueba Físico-Atlética 5. Valoración Médica 6. Curso (Art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994) 6.1. Curso de Formación teórico y práctico para mujeres 6.2. Curso de Formación teórico y práctico para varones 6.3. Curso de Complementación teórico y práctico 7. Conformación de Lista de Elegibles.8. Período de Prueba.*

8. Sobre el proceso de selección del actor manifestó que, no fue citado a valoración médica, dado que estaba en una posición por debajo del ponderado. Precisó que, para ser citado a la valoración, se debía tener como mínimo un ponderado de 37,35 y estar dentro de los 401 primeros aspirantes, lo cual en el presente caso no ocurrió, ya que el accionante estaba en la posición 829.

9. Mediante acto administrativo No. 20191000000096 del 14 de enero de 2019, la CNSC modificó el número de vacantes de la Convocatoria 800 de 2018, antes de la etapa de inscripción, para un total de 400 vacantes así:

* Curso de Complementación: inicialmente se ofertaron 120 vacantes, con el ajuste de la OPEC se adicionaron 80 vacantes para un total de 200 vacantes.
* Curso Varones: inicialmente se ofertaron 60 vacantes, con el ajuste de la OPEC se adicionaron 40 vacantes para un total de 100 vacantes.
* Curso Mujeres: inicialmente se ofertaron 60 vacantes, con el ajuste de la OPEC se adicionaron 40 vacantes para un total de 100 vacantes.

10. Mediante oficio 2020EE0038275 del 27 de febrero de 2020 el INPEC amplió los vacantes del curso de mujeres. Asimismo, señaló que actualmente la convocatoria se encuentra en fase de curso de formación. Por último, dijo que mediante el Decreto 150 de 2020 el Ministerio de Justicia amplió la planta del personal del INPEC, sin embargo, esta ampliación es después de que se aplicaron las pruebas y después de la citación a valoración médica dentro de la convocatoria 800, por lo que esas vacantes hacen parte de otra convocatoria que actualmente está en desarrollo y es la 1356 de 2019. Por lo anterior el accionado considera que, no puede el actor pretender que solo por haber superado unas etapas del proceso de selección, pueda ser parte de otro proceso que hace parte de una convocatoria distinta a la que se presentó.

11. En consecuencia, solicitó que se nieguen las pretensiones de la tutela, pues la etapa de valoración médica ya feneció y de acceder a las pretensiones del actor, podría vulnerar el derecho a la igualdad de otros participantes que tampoco fueron citados a la valoración medica por no estar dentro del cupo que dispuso el artículo 44 de la convocatoria 800.

**3. Pruebas**

* Respuesta de la CNSC a reclamación del actor de abril de 2020.
* Derecho de petición radicado por el accionante ante el INPEC.
* Derecho de petición radicado por el accionante ante CNSC.
* Pantallazo donde le informan que únicamente se están radicando acciones de tutela y habeas corpus y no acciones de cumplimiento.
* Copia del Decreto 150 de 2020.
* Copia de acuerdo No. 20191000000096 del 14 de enero de 2019, por medio el cual se modifica las vacantes de la convocatoria 800 de 2018.
* Copia del acuerdo N° 20181000006196 del 12 de octubre de 2018.
* Constancia de radicación de petición ante el INPEC el 31 de marzo de 2020.

**II. CONSIDERACIONES**

**4. Competencia**

12. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la acción de tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares; en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley.

**5. Asunto a resolver**

13.Corresponde a este despacho determinar, en primer lugar, si la acción de tutela es procedente contra las decisiones administrativas que se profieran en un concurso de méritos, y segundo, de ser procedente se analizará en caso en concreto, si las accionadas están vulnerando los derechos fundamentales del actor al no actualizar las vacantes ofertadas en la convocatoria 800 de 2018.

**6. Procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones administrativas dentro de concurso de méritos.**

14.El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela no es procedente cuando el afectado disponga de otros medios de defesa, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es decir, la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario y solo puede acudirse a ella a falta de otra alternativa de defensa judicial apta para la protección del derecho.

15. Este carácter residual de la tutela obedece a la necesidad de preservar las competencias que la ley ha distribuido a la actividad judicial. Asimismo, quedó dispuesto el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991:

“*La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*” (Subrayado fuera de texto).

16. Es decir que, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos.

17. Por lo tanto, cuando se pide el amparo de derechos fundamentales, la actividad del juez de tutela debe encaminarse primero, a determinar si hay un medio alternativo de defensa judicial que fuera procedente y segundo, en caso de existir un mecanismo por la vía ordinaria, es necesario evaluar su idoneidad, es decir su efectividad concreta en la dimensión constitucional afectada en el caso concreto que permita una protección inmediata, pues de no tenerla, la acción de tutela se vuelve en el medio más indicado para proteger de manera definitiva o transitoria el derecho desconocido o amenazado.

18. Así, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de establecer si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente idóneo para proteger sus derechos fundamentales o si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

19.Ahora en relación al concurso de mérito, la Corte Constitucional ha establecido la viabilidad de la acción de tutela, en relación a las decisiones administrativas que se toman, pues si bien en principio existe otro mecanismo judicial este no resulta eficaz y conducente para proteger los derechos fundamentales del aspirante, dada la complejidad y demora de su trámite.

20. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que, *“respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso.[[2]](#footnote-2)” (subraya fuera de texto)*

21.Lo anterior, ha sido reiterado por la corte en jurisprudencia así : “*Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo[[3]](#footnote-3).” (subraya fuera de texto)*

22. En consecuencia, la presente acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de los aspirantes al concurso de méritos. Adicionalmente, teniendo en cuenta que a la fecha de presentación de esta tutela los términos se encontraban suspendidos, Acuerdo No. PCSJA20-11517 de 2020, en razón a la emergencia sanitaria que vive el país por el virus covid-19, la tutela era el único medio judicial para que el actor pudiera buscar la protección de sus derechos.

23. Así, encontrando la acción de tutela procedente, el despacho deberá estudiar si en el caso concreto, los accionados transgreden los derechos fundamentales del actor al no actualizar las vacantes ofertadas en la convocatoria 800 de 2018.

**7. Derecho a ocupar cargos públicos.**

24. El numeral 7 de artículo 40 de la Constitución Política establece que todo ciudadano puede: “*Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse*.” De esta forma, el Estado garantiza la participación de los colombianos en el ejercicio del poder político, permitiendo que las personas que ejerzan los cargos públicos sean las que tienen la adecuada preparación profesional.

25. En ese mismo sentido, encontramos que el artículo 125 de la Constitución Política establece que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, es decir, se va a proveer a través del concurso de méritos, lo cual como indica la Corte Constitucional: “ (…)*son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de* ***promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificado****. Además, permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes. En esa medida, dicho procedimiento asegura que la administración pública esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, lo cual contribuye a la satisfacción del interés general y el bien común. De igual manera, el ingreso a los cargos públicos a través del concurso de méritos, busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa,* ***así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos,******el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo. (negrilla fuera de texto).***

26.Es decir, que la carrera y el concurso de mérito son el medio por el cual el Estado garantiza la participación de la ciudadanía en la administración pública, y a su vez garantiza que quienes participen y logre ocupar esos cargos sean las personas con la mejor preparación e idoneidad profesional, en procura del beneficio de la administración y bien común.

 **8. Debido proceso en concurso de méritos**

27. Según lo establece la Constitución Política el derecho al debido proceso se debe aplicar a las actuaciones judiciales y administrativas, y consiste en que el Estado y los particulares se sujeten a las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, es decir implica dar cumplimiento del principio de legalidad.

28. Ahora, como el concurso de mérito es el mecanismo que ha estableció la Constitución como criterio determinante para que los cargos públicos sean proveídos de manera imparcial y objeto, en términos de la Corte esto implica que: “***debe 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 Superior).***

***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 que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse*** *para realizar 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 a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación[[4]](#footnote-4).*

29. Así las cosas, podemos concluir que la garantía del debido proceso en los concursos de méritos queda plasmada en la resolución de convocatoria al concurso, dado que en ella se establecen todas a reglas que debe cumplir los aspirantes y la entidad que convoca, y a su vez asegura que las personas que accedan a los cargos públicos sean las que tengan la adecuada preparación profesional para el buen ejercicio de la administración pública.

30. Con base en lo anterior, el despacho revisará si en el caso concreto se afectó alguno de estos derechos.

**9. Caso en concreto**

31. En el presente caso el actor considera que las accionadas están afectando sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a los cargos públicos, al no actualizar las vacantes ofertadas e impedir que se cite al accionante a valoración medica, para así continuar con el trámite del proceso de selección de dragoneante código 4114 grado 11, dentro de la convocatoria 800 de 2018.

32. Según consta en la demanda y en la contestación efectivamente el accionante se presentó a la convocatoria 800 de 2018, la cual fue regulada por el Acuerdo 20181000006196 de 2018. Asimismo, está demostrado que no fue citado a valoración médica, dado que no cumplió con el puntaje mínimo para pasar a la siguiente etapa del proceso de selección, pues el accionante quedó en el puesto 829 y solo llamaron hasta el puesto 401.

33. Consta que el accionante solicitó a las accionadas que actualizaran la oferta de vacantes para el cargo de dragoneante, es decir, ampliaran las vacantes, con el fin de que fuera citado a valoración médica, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 150 de 2020, “*Por medio del cual se modifica la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC.* Frente a dicha solicitud, se le informó al actor que la solicitud de ampliación de vacantes que realizó el INPEC, mediante oficio 2020EE0038275 del 27 de febrero de 2020, fue respecto del grupo de mujeres, es decir que, si hubo una ampliación, pero no respecto de grupo de varones.

34. Igualmente, en dicha respuesta la CNSC le informó al señor Brayan Kevin Mamayate Araque que, la modificación al número de vacantes debía hacerse previo el inicio de la inscripción, esto es antes del 18 de febrero de 2019, lo cual se hizo mediante Acuerdo 20191000000096 de 2019 y se aumentó el número de vacantes de la convocatoria 800 de 2018 y para su grupo se pasó de 60 a 100 vacantes.

35. Así las cosas, este descacho no encuentra afectación al debido proceso del actor, pues dentro del proceso de selección se establecieron unas etapas las cuales deben ser superadas para continuar en el trámite, y como lo explicó la CNSC cuando resolvió solicitud del actor, la decisión de no citarlo a valoración médica fue porque no quedó dentro del porcentaje, decisión que está acorde con lo dispuesto en el artículo 44 del Acuerdo 20181000006196 de 2018, ya que la valoración medica solo sería para los aspirantes que cumplieran las pruebas según el orden de méritos.

36. Ahora, en relación a la afectación de acceso a los cargos públicos, tampoco encuentra este despacho alguna afectación, pues, revisado el parágrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo N° 20181000006196 de 2018, se observa que la norma no obliga al INPEC ampliar las vacantes, únicamente dice que *“podra”,* es decir, es una potestad que está en cabeza de la entidad quien acorde con los principios de planeación y eficiencia puede establecer la planta de personal que necesita y analizar si es necesario o no solicitar a la CNSC la ampliación de las vacantes, sin que sea la tutela el mecanismo para ordenarlo, pues eso iría en contra de las normas que regulan el concurso.

37. Por último, en relación a la solicitud del actor que se amplíen las vacantes de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 150 de 2020, que amplió la planta de personal del INPEC, según lo indicó el accionado CNSC esta oferta de vacantes se hará a través de la convocatoria 1356 de 2019 que está en desarrollo.

38. Así las cosas, el despacho considera que no hay lugar a tutelar los derechos fundamentales del accionante, comoquiera que las decisiones administrativas que se han tomado en el concurso, son con base en el acuerdo que lo reglamenta. En consecuencia, se negará la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: NEGAR** la acción de tutela que presentó Brayan Kevin Mamayate Araque, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COMUNICAR** por el medio más expedito la presente providencia al accionante, Representante Legal de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y al Director General del Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario (INPEC) o a quien haga sus veces.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su eventual revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**LUIS GABRIEL AHUMADA PERDOMO**

Juez

JBR

1. En el escrito de tutela se solicitó lo siguiente:

*“Solicito la tutela como mecanismo transitorio de mis derechos fundamentales antes invocados, en consecuencia, se ordene a la CNSC y al INPEC a través de la dependencia*

*que corresponda, que en término perentorio:*

*Primera: Me cite a valoración médica dentro de las etapas de la Convocatoria 800 de 2019, para proveer el cargo de dragoneante del INPEC y me permita avanzar en el proceso si fuera declarado APTO en valoración médica: curso de formación, inclusión en lista de elegibles y nombramiento en las vacantes adicionadas e INCREMENTADAS para el cargo de dragoneante del INPEC, por el Decreto 150 del 4 de febrero de 2020.*

*Segundo: Subsidiariamente solicito que, se amparen mis derechos fundamentales de manera definitiva ordenando al INPEC y a la CNSC que me citen a valoración médica como lo indican las reglas del concurso y en los términos del artículo 6-4 de la ley 1960 de 2019.”* [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T- 509-11 MP: Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-180-15 MP: Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-090 de 2013 [↑](#footnote-ref-4)