

DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL
REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL DEL CIRCUITO
VÉLEZ - SANTANDER,
PALACIO DE JUSTICIA TELEFAX: 7564162

Vélez, diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2020)

Acción de Tutela.

Rad: 688613103002-2020-00018-00

Accionante: NIDIA ESPERANZA HERNÁNDEZ FRANCO

Accionado COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" Y LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA.

Sentencia Primera Instancia.

I. ASUNTO

Dentro del término señalado en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, procede el despacho a decidir sobre la Acción de Tutela promovida por NIDIA ESPERANZA HERNÁNDEZ FRANCO contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" Y LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA.

II. ANTECEDENTES

La acción de tutela fue impetrada ante los jueces municipales de Barbosa, correspondiendo su reparto al Juzgado Tercero Promiscuo de esa localidad, el cual mediante auto del 03 de marzo de 2020 rechazó por falta de competencia y lo envió a los Jueces Civiles del Circuito de Vélez donde esta ciudad y por reparto correspondió a éste despacho.

La ciudadana NIDIA ESPERANZA HERNÁNDEZ FRANCO presentó acción de tutela contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" y LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, con el fin que sean amparados sus derechos fundamentales al trabajo, la igualdad de oportunidades y al debido proceso en cuyo sustento narra lo siguiente:

Señala que el departamento de Santander efectuó la oferta pública de empleo "OPEC", consistente en un listado donde se encuentran las vacantes que quiere cubrir el departamento mediante carrera administrativa.

Mediante acuerdo 28182000001936 del 15 de junio de 2018 la "CNSC" publica que el 22 de diciembre de 2017 se suscribieron los acuerdos para proveer los empleos y que para dar cumplimiento celebró contrato 130 del 27 de marzo de 2019, con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, cuyo objeto según la cláusula primera consiste en "Desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes de las plantas de personal de algunas alcaldías, entidades descentralizadas y Gobernación del departamento de Santander. Proceso de selección 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de

2018, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, para la ejecución de las etapas de pruebas escritas y valoración de los antecedentes hasta la consolidación de información para la conformación de la lista de elegibles”.

Que se inscribió para participar en el concurso para el cargo de AUXILIAR ÁREA DE SALUD, CÓDIGO 412 GRADO 8, en la “OPEC” 29796, que el cargo ofertado responde al perfil del ÁREA DE SALUD de ese ente territorial.

Que la CNSC a través de la entidad contratista, adelantó la prueba escrita del concurso el día 3 de noviembre de 2019, de la cual participó, esperando de ella, los ejes temáticos que correspondieran plenamente a la funciones del cargo para el cual viene participando.

Que mediante un error garrafal frente a la reglas del concurso, las accionadas realizaron la pruebas escritas con eje temático, completamente ajeno a las funciones propias del cargo, según el decreto 111 de 2018 y plasmadas en la certificación expedida por la entidad patronal.

Que acudió a reclamación administrativa pero que la accionada tiene como política, denegar los reclamos.

Por lo anterior, solicita la protección de los derechos fundamentales de igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso al cargos y funciones públicas, como consecuencia, inaplicar el concurso de méritos, adelantado por la CNSC y que se ordene a las accionadas efectuar un nuevo concurso correspondiente al cargo de auxiliar área de salud, código 412, grado 8, en la OPEC 29796, convocatoria 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018 Santander, corrigiendo los graves errores presentados en el mismo.

III. TRAMITE PROCESAL

Mediante auto del 05 de marzo de 2020, se admitió la Acción Constitucional, se dispuso vincular a la gobernación de Santander, requerir a las accionadas y vinculadas para que dieran repuesta a los hechos para lo cual se le otorgó un término de 2 días.

3.1 Respuesta de la accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC.

Responde diciendo que está acción es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad y también porque la acción carece de los requisitos constitucionales para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante frente a las pruebas escritas contenido en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, precisando que en ultimas, la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas el citado acuerdo, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa para controvertir el mencionado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Que en el presente caso, no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir el resultado que obtuvo en el concurso de méritos.

Que, para el caso en concreto el acuerdo N° 20181000003626 del 07 de septiembre de 2018, contiene los lineamientos generales que direccionaron el desarrollo del proceso de

selección de 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018, para la provisión de los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Santander, proceso de selección 505 de 2017 el cual es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la CNSC como a la entidad convocante y a los participantes.

Que el día 3 de octubre de 2019, se publicó la guía de orientación al aspirante y se habilitó la consulta de los ejes temáticos en la página www.cnsc.gov.co, convocatoria en desarrollo, proceso de selección 438 de 2017- Santander.

El 3 de noviembre de 2019 fueron aplicadas las pruebas escritas en el marco del proceso de selección 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018- Santander, publicando los resultados preliminares el día 14 de noviembre de 2019, en donde la señora NIDIA ESPERANZA HERNÁNDEZ FRANCO obtuvo una puntuación de competencias básicas y funcionales 74,96 y para competencias comportamentales 65,75 que superó las pruebas escritas y en consecuencia se tiene que continúa en el proceso de selección en mención.

Que la señora, NIDIA ESPERANZA HERNÁNDEZ FRANCO, presentó reclamación solicitando el acceso al material de las pruebas escritas por ella presentada, el cual fue concedido, siendo citada para el día 30 de noviembre de 2019 a las 2:00 p.m, en el INSTITUTO INTEGRADO COMERCIO del municipio de Barbosa – Santander, y adjunta constancia.

3.2 LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA

No dio respuesta al requerimiento a pesar de haber sido notificada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Antes de acometer el estudio de fondo del asunto, resulta pertinente resaltar que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este despacho judicial es competente para conocer y decidir la presente acción y no existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se hace procedente desatar los pedimentos de la Acción de Tutela.

4.2 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, en el presente caso la accionante en defensa de sus derechos fundamentales presenta de manera directa la tutela, razón por la cual, se encuentra legitimada para presentar la acción.

4.3. Legitimación pasiva

En cuanto a la parte pasiva, según el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela podrá interponerse contra cualquier acto de los particulares o autoridad pública

cuando éstos amenacen o violen derechos fundamentales y como quiera que se cuestiona la actuación de la CNSC y de la Fundación Universitaria del Área Andina, bajo el argumento que se vulneró el debido proceso en desarrollo del proceso de selección 438 de 2017, se tiene acreditada la legitimidad por pasiva.

4.4 Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver es determinar si se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela en un concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa ante la inconformidad del accionante con los ejes temáticos de la prueba de conocimientos después de haberse publicado los resultados del mismo y si las accionadas vulneraron el debido proceso en desarrollo de este proceso.

4.5. Precedente jurisprudencial

En aras de resolver la contienda, debe verificarse si se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra las actuaciones administrativas y de ser el caso, analizar si presenta al menos uno de los componentes específicos de procedencia, que ameriten la intervención del Juez tutelar sobre los actos objeto del disenso.

La Corte Constitucional con relación a la procedencia de la acción de tutela en los procesos de selección y concursos de méritos ha señalado:

“En lo que hace referencia a los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, a pesar de la presencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto esta última no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y de acceso a los cargos públicos.” (Sentencia T-514 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).¹

La Corte Constitucional cuando los mecanismos ordinarios no son igual de eficaces ha señalado²:

“15. Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

16. Sumado a lo anterior, es importante resaltar que un requisito de acceso a las acciones previstas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el agotamiento de la etapa previa de conciliación extrajudicial, cuando el objeto de la pretensión pueda ser objeto de este medio alternativo de resolución de conflictos, situación que interrumpe el término de caducidad de la

¹ Se destacan, entre muchas otras, las sentencias T-046/95, T-256/95, T-389/95, T-433/95, T-475/95, T-455/96, T-459/96, SU.133/98, SU.134/98, SU.135/98, SU.136/98, SU-086 de 1999, T-455/00, SU.1114/00, T-624 de 2000, T-1685/00, T-451 de 2001, SU-613 de 2002, T-484 de 2004 y T-962 de 2004.

² Sentencia T-059/19 Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO, 14 de febrero de dos mil diecinueve (2019).

acción hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley; hasta que se expidan las constancias de no conciliación o hasta que se venza el término de 3 meses, lo que ocurra primero.

17. Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

18. Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico.

(...)

20. Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.” Subrayado fuera de texto.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite o preparatorios la Corte Constitucional en Sentencia SU077/18 señaló que dichos actos “(...) no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues 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” y que “La acción de tutela procede excepcionalmente para cuestionar actos administrativos de trámite, cuando constituya una medida preventiva, “(...) encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuentemente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad”. Ahora bien, esta Corporación ha señalado que para que excepcionalmente sea procedente el mecanismo de amparo para cuestionar la legitimidad de tales actos, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental.”

4.6 El caso concreto.

La accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y acceder a cargos y funciones públicas, que están siendo vulnerados por los accionados.

Señala como hecho generador de la vulneración de sus derechos fundamentales, que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, a través de la entidad contratista que

adelantó la prueba escrita del concurso de méritos en el cual está participando; el día 3 de noviembre de 2019 aplicó un cuestionario donde los ejes temáticos no correspondían plenamente a la funciones del cargo para el cual se realizó la convocatoria, señala que se trata de un error garrafal frente a la reglas del concurso, pues las accionadas realizaron la prueba escrita con un eje temático completamente ajeno a las funciones propias del cargo, según el decreto 111 de 2018 y plasmadas en la certificación expedida para la entidad patronal, por lo que, solicita, inaplicar el concurso de méritos, adelantado por la CNSC y que se ordene a las accionadas efectuar un nuevo concurso correspondiente al cargo de auxiliar área de salud, código 412, grado 8, en la OPEC 29796, convocatoria 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018 Santander, corrigiendo los graves errores presentados en el mismo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, responde diciendo que esta acción es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad y de inmediatez, que, para el caso en concreto el acuerdo N° 2018100003626 del 07 de septiembre de 2018, contiene los lineamientos generales que direccionaron el desarrollo del proceso de selección de 438 a 506 de 2017 y 592 a 600 de 2018, para la provisión de los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Santander y que por ser la norma reguladora obliga a la CNSC a la entidad convocante y a los participantes.

Se encuentra dentro del expediente que la accionante se encuentra participando en el proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil específicamente para la OPEC 29796 Auxiliar área de la salud código 412 grado 8 y una vez obtuvo los resultados preliminares de las pruebas escritas publicados el día 14 de noviembre de 2019, pese a que su puntaje superó el requerido y continuó en el proceso de selección, manifestó su inconformidad ante la Comisión radicando una reclamación vía SIMO donde pidió que se revisaran los puntajes obtenidos en la prueba básica funcional y comportamental por considera que estaban errados.

Dicha solicitud tuvo respuesta el 09 de diciembre de 2019 (folio 25) donde la CSNS le explicó de manera detallada sobre las pruebas a aplicar, carácter y ponderación, así mismo sobre la calificación técnica de las mismas y negó la solicitud de la aspirante en la reclamación manteniendo el mismo puntaje publicado el 14 de noviembre de 2019.

Posteriormente presentó otra reclamación vía SIMO, donde manifiesta que en la prueba escrita de méritos realizada el 03 de noviembre de 2019 los ejes temáticos evaluados no están relacionados con las funciones de la Gobernación de Santander sobre el cargo auxiliar en salud. Esta petición fue resuelta el 21 de febrero de 2020 (folio 32) donde se observa le explican a la reclamante sobre la calificación técnica de las pruebas, el análisis de datos y análisis psicométricos y el contenido de cada eje temático y su relación con las funciones u objeto del empleo.

En ese orden de ideas, se debe decir que la participante NIDIA ESPERANZA HERNANDEZ FRANCO tuvo la oportunidad y el escenario para alegar su inconformidad y así lo hizo, sin embargo la respuesta de CNSC no accedió a modificar su puntaje y le explicó claramente los motivos de la decisión y sobre los contenidos de los ejes temáticos evaluados.

En cuanto al debido proceso seguido durante las etapas del concurso se encuentra que el día 3 de octubre de 2019, se publicó la guía de orientación al aspirante, convocatoria en desarrollo, proceso de selección 4538 de 2017- Santander, después de este acto, la

accionante, presentó las pruebas de conocimiento repuso el acto administrativo que le notificó los resultados, el cual fue resuelto y tuvo acceso a verificar el cuadernillo de pruebas, también le dieron respuesta a su reclamación sobre los ejes temáticos en la prueba y ahora la demandante, pretende a través de la acción de tutela atacar unos actos sobre los cuales ya se surtieron los recursos; pretensión a la que no es posible acceder en la presente acción constitucional.

Revisados los documentos aportados por la tutelante y por la accionada CNSC no se observa vulneración al debido proceso toda vez que la accionante contó con los recursos de vía gubernativa y aún cuenta con las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la posibilidad de solicitar medidas cautelares, como lo es, la suspensión del acto administrativo.

En esas condiciones, considera este despacho judicial que en esta acción de tutela no existe actuación o conducta omisiva por parte de los accionados y vinculados que hayan vulnerado o puesto en peligro derechos fundamentales de la accionante, por lo que no se amerita la intervención del Juez constitucional.

De esta forma, se concluye que la acción de tutela, no reúne los requisitos de procedencia, no se satisface el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional, respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos, tampoco la subsidiariedad y transitoriedad de la acción constitucional; ni se encuentra acreditado un perjuicio irremediable que justifique la actuación transitoria del juez constitucional, en consecuencia, se declarará su improcedencia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Vélez - Santander, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

VI. RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela, invocada por NIDIA ESPERANZA HERNÁNDEZ FRANCO en contra de LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro del término previsto en el inciso final del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, *remítase* el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


XIMENA ORDÓÑEZ BARBOSA