



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DE PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
FLORENCIA CAQUETÁ**

Florencia, Caquetá, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE TUTELA
1ra INSTANCIA

REF: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: CARMEN LUCELLY MOSQUERA
MOSQUERA
ACCIONADO: COMISION NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL Y OTROS
RADICADO: 18001-31-04-002-2023-00035-00

1. OBJETO DE LA DECISION

Se encuentra al Despacho las presentes diligencias, correspondientes a la acción de tutela incoada por CARMEN LUCELLY MOSQUERA MOSQUERA, en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL<<en adelante CNSC>>, UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR <<en adelante ICBF>> Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA, con el fin de proferir la sentencia de primera instancia.

2. ANTECEDENTES

CARMEN LUCELLY MOSQUERA MOSQUERA, instauró acción de tutela contra la “CNSC”, UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, “ICBF” Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, información y al trabajo, la cual fue repartida a este Juzgado, para su conocimiento, a través de correo electrónico.

Narra el accionante, que la “CNSC”, mediante acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021, convocó proceso de selección, para proveer los empleos

de vacancia definitiva del ICBF, razón por la cual se inscribió para aspirar al cargo de profesional universitario grado 07 código 2044 OPEC No. 166313.

Señala que la accionada CNSC a través de la plataforma SIMO le notificó la fecha y lugar para presentar la prueba básica de competencias funcionales y comportamentales aplicada por la Universidad Pamplona, quien publicó los resultados del concurso de méritos el 22 de junio de 2022, por medio del aplicativo SIMO, cuyo resultado obtenido por la accionante fue insatisfactorio, por tal motivo el 23 de junio de 2023 interpuso la reclamación respectiva ante el inconformismo del puntaje, así como del procedimiento y estructuración de preguntas – respuestas de la convocatoria.

Expone que la CNSC y la Universidad de Pamplona, mediante oficio del 29 de julio de 2022, no resolvió de fondo la reclamación interpuesta el día 23 de junio de 2022, por cuanto el concurso en mención, considera, presenta irregularidades que afectan el debido proceso, el derecho al trabajo y el acceso a la información en debida forma, contradicción y oposición a la misma, vulnerando los derechos mínimos que tiene como participante en dicha convocatoria.

Indica que la lista de elegibles se encuentra próxima a publicarse, lo que automáticamente le saca de su lugar de trabajo, respecto de la persona que logró puntaje satisfactorio en la prueba efectuada de la convocatoria, pese a las mencionadas irregularidades, igualmente que el ICBF mediante memorando distinguido con radicado N° 202312100000014713 de fecha 10 de febrero de 2023, informa la estrategia operativa para la convocatoria 2149 de 2021, lo que se traduce en el afán pronto de llenar las vacantes ofertadas, SIN IMPORTAR Y TENER en cuenta la EXPERIENCIA y los años de labor en dicho instituto, pese además de existir varias acciones judiciales en curso, debidamente puestas en conocimiento de las accionadas conforme lo manda la ley 2213 de 2022, con el ánimo de poder hacer respetar el debido proceso y la contradicción, ante la evidencia de irregularidades en la mentada convocatoria.

Por lo anterior solicita que se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la Fiscalía General de la Nación, que, en un término de 48 horas, proceda a resolver de fondo la reclamación realizada el 23 de junio de 2022. Presenta como medida provisional la suspensión de la ejecución del concurso

de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para la provisión de cargos de empleados de carrera del ICBF, teniendo en cuenta la proximidad de la publicación de la misma.

La acción constitucional en los anteriores términos presentada, fue admitida por auto del 20 de febrero de 2023, se ordenó vincular al presidente de la CNSC, a la Directora de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Director de Gestión Humana del ICBF, al Director Universidad de Pamplona, a la Coordinadora General Proceso de Selección Nro. 2149 de 2021 ICBF - Universidad de Pamplona y a todas las personas que conforman la lista de elegibles del perfil OPEC empleo 166312 Profesional Universitario Grado 07 código 2044 dentro del proceso de selección y concurso de méritos para la provisión de los cargos No. 2149 de 2021 del ICBF, convocado por la CNSC; se negó la medida provisional solicitada y se ordenó enterar de la misma a los extremos pasivos y a los vinculados para que rindieran un informe sobre las manifestaciones contenidas en el escrito de tutela y así mismo, remitieran copia de la documentación que para el caso en concreto correspondiera. El **Departamento Administrativo de la Función Pública**, a través de su Director Jurídico, indica que se opone a las pretensiones de la presente acción constitucional en cuanto a dicha entidad, por cuanto no tiene injerencia alguna en los hechos que motivaron la presente acción, toda vez que esa entidad no es el ente encargado de desarrollar o vigilar el proceso de selección de la Convocatoria No. 2149 de 2021, regulada mediante acuerdo No. 2081 de 2021 en la modalidad ascenso y abierto para proveer los cargos vacantes del ICBF, cargo profesional universitario, grado 07, código 2044, OPEC 166313 de la CNSC.

Señala que no se configura la vulneración de los derechos invocados por la accionante, habida cuenta de que las entidades responsables del concurso han actuado bajo la protección del principio de la buena fe, de tal manera que cuestionar estas actuaciones es un poco desacertado en la medida que solo son apreciaciones subjetivas de la accionante.

Por su parte, la **Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC"**, a través de su oficina jurídica, describe todas las actuaciones adelantadas en la Convocatoria No. 2149 de 2021, tal cual se programaron en el acuerdo No. 2081 de 2021, donde explica que, frente a *la supuesta falta de relación de las*

preguntas con las funciones del empleo, se aclara que estas se construyeron con base en los mencionados ejes y dimensiones según el contenido del MEFL y con la validación por parte del ICBF. De igual manera, se debe tener en cuenta que las percepciones personales de los aspirantes no pueden considerarse, en sí mismas, como prueba de la afectación de sus derechos fundamentales, pues la inconformidad de uno o varios aspirantes con respecto al contenido de una prueba, no implica que está presente deficiencias, toda vez que su contenido, como ya se explicó, versa sobre los conocimientos básicos o esenciales del empleo que se encuentran en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales.

Señala que la CNSC no solo publicó el Acuerdo y el Anexo Técnico que son las reglas que rigen el proceso de selección, sino que, además, publicó una Guía de Orientación al Aspirante para la aplicación de pruebas para que aquellos, conozcan las recomendaciones y los detalles de las pruebas, es decir, siempre se le expuso la información correspondiente al tipo de pruebas a aplicar, luego, sabían que la prueba no era memorística, de ahí el inconformismo por la prueba carece de sustento.

Expone que la accionante radicó su reclamación bajo el No. 507345605, la cual frente a su contenido coincide con gran parte lo expuesto en la presente acción de tutela, es decir, que la accionante ya accedió a la oportunidad procesal para reclamar contra el resultado que obtuvo en la prueba escrita, misma que fue debidamente atendida de forma clara, precisa y de fondo por el Operador del proceso de selección, esto es, por la Universidad de Pamplona, a través del escrito de respuesta que le fue publicado en SIMO el 29 de julio de 2022. En atención a las pretensiones de la tutela, es evidente, que la respuesta, además de resolver todos los reclamos de la accionante, atendió de fondo cada una de las solicitudes garantizando de esta forma su derecho a la defensa y contradicción dispuesto en el artículo 29 Constitucional, por las anteriores razones, solicita que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”, por intermedio de su grupo de representación judicial, contesta la presente acción constitucional indicando que efectivamente se firmó el Acuerdo No. CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021 *“por el cual se convocó y se establecieron*

las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto en el ICBF” con la CNSC, para que se adelante la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 3792 empleos vacantes que pertenecen al Sistema de Carrera Administrativa, y que el estado actual del mismo, se encuentra en la etapa de Publicación de Listas de Elegibles en la modalidad de ascenso.

Frente al caso concreto, expone que se puede evidenciar que la accionante presentó escrito de reclamación ante la Comisión Nacional del servicio Civil y a la Universidad de Pamplona el día 23 de junio del 2022. Igualmente, en el mismo reposa contestación con calenda 29 de julio de 2022 por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, dicha respuesta se identifica con el ID Inscripción N° 443180383 y radicación de entrada CNSC N° 507345605, el mismo está dirigido a la señora CARMEN LUCELLY MOSQUERA MOSQUERA. La CNSC hace análisis del caso en concreto del procedimiento seguido en la convocatoria anteriormente descrita, en su decisión procede a RATIFICAR el resultado obtenido en la prueba escrita de competencias funcionales dentro del proceso de selección N°2149 de 2021 – ICBF

Indica que en el presente caso la acción de tutela no procede por existir falta de requisitos de procedibilidad, si se tiene en cuenta que el accionante cuenta con otros mecanismos alternativos de defensa judicial, así mismo, existe falta de legitimación en la causa por pasiva, frente a dicha entidad, por cuanto la CNSC es la entidad responsable de la convocatoria 2149 de 2021, conforme el acuerdo No. CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021, igualmente con los hechos de la demanda, no se permite inferir que exista conducta atribuible a esa entidad que permita constituir como amenaza o violación de los derechos fundamentales señalados, razón por la cual se debe declarar la improcedencia del presente tramite tutelar frente a ese instituto.

Cumplido con el tramite previsto para una acción de esta naturaleza, y sin advertir la presencia de causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes;

3. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo que consagró la Constitución Política de Colombia para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular.

Se trata entonces de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela procede en cuanto si se ve vulnerado los derechos fundamentales como lo son al trabajo, al debido proceso administrativo. Por lo tanto, se destaca que previamente a decidir de fondo, se deben analizar los elementos indispensables para la procedencia de esta acción especialísima.

3.1 Legitimación en la Causa por Activa

Señala el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 *que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite preferente y sumario por si misma o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales,* destacándose de dicho articulado, la posibilidad que brinda la normatividad de este mecanismo acerca de que otra persona agenció los derechos ajenos.

Conforme lo anterior en el caso particular la acción de tutela es presentada por la señora Carmen Lucelly Mosquera Mosquera, quien asegura se ve perjudicado por la decisión de la CNSC, de responder de fondo sobre la petición que hiciera el 23 de junio de 2022, acerca de las irregularidades presentadas en la convocatoria No. 2149 de 2021. Lo que indica que este requisito se encuentra plenamente demostrado.

3.2 Legitimación en la Causa por Pasiva.

Según la Corte Constitucional, hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está

llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso.

En el caso particular se evidencia que el accionado CNSC, se encuentran legitimado como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad legal, y al ser el directo responsable de las actuaciones administrativas necesarias para responder las presuntas irregularidades planteadas en la convocatoria No. 2149 de 2021, como lo menciona el accionante.

3.3 Inmediatez

Siendo también un requisito de procedibilidad de la acción de tutela que aquella se interponga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente, con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.

Conforme lo anterior, se tiene que la acción de tutela es presentada a efectos de buscar una respuesta de fondo a las presuntas irregularidades mencionadas en su escrito de petición del 23 de junio de 2022, no obstante en cuanto al termino entre la respuesta del 29 de julio de 2022 y la fecha de presentación de la presente acción constitucional no existe justificación alguna frente a la presentación de la misma, por tal motivo, conforme a la jurisprudencia del caso, considera el despacho que el tiempo no es razonable, lo que conlleva a que se debata este aspecto como principio de procedencia de la acción constitucional

3.4 Subsidiariedad.

En lo atinente con el requisito de subsidiariedad, la acción de tutela procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección. Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha

señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo o eficaz para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia

De esta forma se evidencia que, en el presente caso, la acción de tutela se torna improcedente si se tiene en cuenta que existen otros mecanismos alternativos para exigir la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, además no se logró demostrar que estemos frente a un perjuicio irremediable que deba decidirse de manera transitoria alguna decisión, conforme se desarrollara a continuación.

3.5 Marco Normativo y Jurisprudencial

De conformidad con el artículo 86 constitucional, inciso 3° la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A su turno, los artículos 5 ° y 6 ° del Decreto 2591 de 1991, establecieron la procedencia de la acción de tutela y las causales de improcedencia. Respectivamente, ellos señalan:

“ARTICULO 5º- *Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.*

ARTICULO 6º- *Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:*

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”
(Subraya el Despacho)

3.5.1 El Debido Proceso Administrativo

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso y establece que se aplicará a toda clase de actuaciones, ya sean ellas judiciales o administrativas. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso es un derecho de aplicación inmediata (art. 85 C.P.), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las facultades de la Administración, cuando en virtud de su realización puedan llegar a comprometer los derechos de los administrados.

Así, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes de las autoridades públicas y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de sus actuaciones dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos previstos en la ley.

En Sentencia T-598 de 2014 el máximo Tribunal Constitucional retomó algunas consideraciones expuestas en la Sentencia C-980 de 2010 para dejar claro en qué consiste el debido proceso administrativo, veamos:

“En este orden de ideas, por ejemplo, en la Sentencia C-980 de 2010, esta Corporación indicó que: “[en este] marco conceptual, la Corte se ha referido

al debido proceso administrativo como '(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal'.

Por esta razón, se ha considerado que se presenta una vulneración del citado derecho, cuando son desconocidas las disposiciones a las que ha de sujetarse el desenvolvimiento de una actuación administrativa. Precisamente, en la referida Sentencia C-980 de 2010, esta Corporación señaló que: "el debido proceso administrativo se entiende vulnerado, cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados".

De otra parte, mediante sentencia T-090 de 2013, la Corte Constitucional reiteraba el alcance que puede tener el derecho al debido proceso en el marco de los concursos de méritos, señalando al respecto:

"Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

"La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales."

En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el 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.

4.3 Ahora bien, 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 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.

4.4 Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, 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.” (Subraya el Despacho)

3.5.2 Del Derecho al Trabajo

Frente al tema del derecho invocado por la accionante, esto es el derecho al trabajo como derecho fundamental, hay que traer a colación lo indicado por la Corte Suprema en la sentencia T-611 de 2001, donde indica:

“El derecho al trabajo tiene una doble dimensión: individual y colectiva, reconocida en el artículo 25, 26 y 334 de la Constitución. El aspecto individual se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas. En la dimensión colectiva implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa.

En repetidas ocasiones la Corte ha sostenido que el derecho al trabajo es un derecho fundamental consagrado como principio rector del Estado social de derecho y como objetivo primordial de la organización política. Al ser fundamental el derecho al trabajo debe ser reconocido *como un atributo inalienable de la personalidad jurídica; un derecho inherente al ser humano que lo dignifica en la medida en que a través de él la persona y la sociedad en la que ella se desenvuelve logran su perfeccionamiento. Sin el ejercicio de ese derecho el individuo no podría existir dignamente, pues es con el trabajo que se proporciona los medios indispensables para su congrua subsistencia y además desarrolla su*

potencial creativo y de servicio a la comunidad. El derecho al trabajo es la actividad que lo pone en contacto productivo con su entorno.

El reconocimiento del carácter de fundamentalidad del derecho al trabajo se refleja en la especial consagración que la Carta Política hace tanto en el sentido de protección subjetiva con la enumeración de principios mínimos que limitan el ejercicio legislativo (artículo 53) y con el reconocimiento expreso de la responsabilidad del Estado en la promoción de políticas de pleno empleo (artículo 334).

La acción de tutela y la protección del derecho al trabajo

En principio el carácter de fundamental del derecho al trabajo daría lugar a la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo para que cesara cualquier vulneración, amenaza o violación contra este derecho, sin embargo, no es posible olvidar el carácter subsidiario de la acción y en el caso del derecho laboral la existencia de la jurisdicción ordinaria como medio de protección especial.

¿Cuándo hay lugar a la protección del derecho al trabajo por medio de la acción de tutela sin desconocer la jurisdicción laboral?

Conforme a la numerosa jurisprudencia que en esta materia ha producido la Corte es posible identificar la doctrina constitucional que define el ámbito de aplicación de la acción de tutela sin desplazar la jurisdicción ordinaria ni tampoco generar un proceso de vaciamiento de la competencia laboral.

La acción de tutela procede como mecanismo de protección del derecho al trabajo cuando:

1. *Se desconoce el núcleo esencial del derecho al trabajo que consiste en toda acción u omisión que impida el ejercicio de la facultad de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo determinado.*

Se desconoce el núcleo esencial del derecho cuando se evidencia un desconocimiento de las condiciones dignas y justas en las que el trabajador debe realizar su labor.

Hace parte del núcleo esencial la adecuada remuneración. La remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia, conocimiento y al tiempo durante el cual vincule su potencial de trabajo a los fines que interesan al patrono. No puede congelarse indefinidamente.

2. *La vulneración de un derecho conexo que conlleve el ataque injustificado del núcleo esencial.*

No pertenece al núcleo la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado ni la permanencia absoluta en un cargo. El retiro del servicio no implica la prosperidad de la acción de tutela, solamente hay lugar al estudio del caso, cuando existe debilidad manifiesta o se trata una trabajadora embarazada.

3. *Por el incumplimiento o retardo en la obligación de pagar el salario más la prueba de vulneración al mínimo vital del trabajador. La situación económica de la empresa no es óbice para dejar de pagar durante varios meses los salarios de los empleados. Las acreencias laborales prevalecen incluso sobre cualquier crédito concordatario.*
4. *El empleador da por terminado el contrato con justa causa pero faltó en el procedimiento a los principios de buena fe al no expresar los hechos precisos e individuales que provocan la justa causa de terminación para que así, la otra parte tenga la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral y pueda hacer uso del derecho a la defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.*
5. *Se desconoce el principio fundamental de a trabajo igual salario igual. Un tratamiento diferente que vulnere este principio se considera una discriminación, es un trato diferente sin justificación racional ni razonable.*

3.5.3 Principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela:

La acción de tutela es un mecanismo que consagró la Constitución Política de Colombia de 1991, para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular.

Se trata entonces de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, caso en el cual, la tutela procede, hasta que la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.

En ese sentido, a través de reiterados pronunciamientos, la Corte Constitucional ha definido que la acción de tutela no resulta procedente cuando, al momento de efectuar un análisis a sus requisitos de procedibilidad, se observa que no se cumple con el principio de subsidiariedad. Al respecto, en sentencia T-177 de 2011 señalaba lo siguiente:

“Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan

medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.”

En principio se ha establecido que la acción de tutela no es viable contra decisiones judiciales o administrativas, toda vez que ésta sólo es procedente cuando no existe un medio de defensa judicial apto para la protección del derecho trasgredido o amenazado; por lo tanto, si se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, si ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar el trámite ya surtido con la acción de tutela.

Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-375 de 2018, expuso en relación con la procedencia de la acción de tutela en estos precisos eventos, expuso:

“12. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuentan para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) Cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.”

En ese mismo sentido, en sentencia T-471 de 2017, la Corte Constitucional señala lo siguiente:

“10. El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Ahora bien, no sobra recordar que la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales o administrativas solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial o administrativa se ha dado en abierta contrariedad con los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

Efectivamente de lo anterior se vislumbra que la acción de tutela debe interponerse como última opción después de haber acudido a todas las instancias legales con el fin de proteger los derechos que se puedan ver amenazados por el accionado, no obstante, de manera excepcional esta acción constitucional se puede interponer cuando concorra ciertos requisitos que la H. Corte Constitucional los ha establecido de la siguiente manera:

“...Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no significa que la intervención del juez de tutela es improcedente o innecesaria, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber: (i), que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser *idóneos*, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del

caso y; (ii), que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando *se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*.

El primer evento se presenta cuando el medio judicial previsto para resolver la respectiva controversia no resulta idóneo ni eficaz, debido a que, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución pronta, por lo que la normativa admite que la acción de tutela proceda excepcionalmente. El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado. Esto significa que un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

En relación con el segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que cuando la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial ordinario, es preciso demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tal perjuicio irremediable se caracteriza:

“(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

En efecto, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.”¹

Así las cosas, es claro que existiendo otros medios de defensa frente a la actitud vulneradora de derechos fundamentales y estos no sean idóneos, se debe entrar a descartar el segundo punto y es el perjuicio irremediable en que pueda estar sujeta la accionante.

Frente al Debido Proceso que debe existir en toda actuación administrativa, la Corte Constitucional se ha pronunciado en gran cantidad de su jurisprudencia, donde advierte que toda dependencia administrativa debe velar por hacer

¹ Sentencia T – 544 de 2013

cumplir las normas legales y constitucionales al debido proceso, todas las decisiones deben estar encaminadas a garantizarle al ciudadano como usuario del sistema administrativo, su participación activa dentro de un proceso, siempre prevaleciendo los principios de lealtad, transparencia, seriedad y seguridad, los cuales son necesarios para lograr satisfacer los demás derechos que de contera resultan de ese procedimiento.

3.5.4 De la procedencia de la acción de tutela por ausencia requisitos de inmediatez.

Debe el Despacho hacer énfasis en el presente asunto, frente al requisito de inmediatez, la cual no es otra que la interposición entre la posible vulneración del derecho fundamental y la acción constitucional de tutela, la cual la Honorable Corte Constitucional, llama su atención, en el sentido de que dicho intervalo, debe ser razonable y que en caso de que exista demora en el mismo, este debe estar justificado.

Frente a dicho presupuesto, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha señalado:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. El requisito de la inmediatez tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como “un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”.

41. Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica.”

3.6 Del Caso en Concreto.

Para este punto, es claro que no se encuentra demostrado en el plenario ninguna manifestación de perjuicio irremediable que haya ocasionado el hecho que propende es violatorio, se extrae conforme los derechos invocados, que pudiese existir una afectación al derecho al trabajo, sin entrara especificar las razones del cómo o porque, puesto que como ya se advirtió, no existe pronunciamiento sobre el asunto.

Debe indicarse que la finalidad del accionante es que se le conteste un derecho de petición, donde sugiere que se debe resarcir una vulneración al debido proceso amparado en un perjuicio irremediable inminente que obliga a que el Juez Constitucional intervenga, puesto que las medidas ordinarias consideran no son inmediatas para satisfacer su pretensión.

En este orden y ante las evidencias que se exhibieron, no es posible concluir que la entidad accionada o vinculadas hayan incurrido en vulneración alguna del derecho fundamental al debido proceso, puesto que dicho proceso de selección se aplica conforme la normatividad aplicada al caso, lo que conlleva a que, con anterioridad a las inscripciones, los participantes aplicaran para dichas prerrogativas, sin que existieran cambios en el mismo.

Conforme la jurisprudencia citada en párrafos anteriores, corresponde al Despacho analizar si es menester la incursión por sede de tutela dentro del proceso administrativo que se lleva por parte de la entidades accionadas, donde se debe analizar en principio si existe otras vías administrativas y judiciales que obligue al juez constitucional a analizar otros aspectos más precisos sobre la misma, para lo cual debe indicarse que no es necesario ir más allá de los elementos probatorios allegados con la tutela, los cuales han sido claros en que la entidad accionada cumplió con la finalidad de informar acerca del proceso de convocatoria para el concurso del ICBF.

Otro tema que tiene relevancia de prosperidad en el presente asunto tutelar, es el aspecto de la inmediatez de la acción constitucional, por cuanto no hay

justificación probatoria a la demora en la reclamación de los derechos que considera vulnerados, lo que conllevaría a predicar una negligencia por parte de los accionados, si se tiene en cuenta, además, que al intentar buscar una alternativa jurídica a la situación que hoy reclama el accionante conllevaría a desconocer dicho requisito de orden legal y jurisprudencial.

El accionante sugiere que, a la fecha de presentación de la acción constitucional, no se le ha brindado atención frente al requerimiento que hiciera el 23 de julio de 2022, no obstante, el 29 de julio de 2022, hubo una contestación por parte de la entidad accionada CNSC, donde da respuesta a todas las inquietudes planteadas por el accionante, ahora bien, en el presente asunto, se menciona algunas irregularidades, de las cuales la CNSC menciona en la contestación ya mencionada, razón suficiente para no tutelar por improcedente la presente acción constitucional.

En este orden, el amparo solicitado por la accionante no tiene vocación de prosperidad por ausencia del requisito de subsidiariedad, específicamente, los contemplados en los numerales 1° y 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, máxime cuando durante el término de esta acción las entidades accionadas y vinculadas lograron desvirtuar la causa alegada por la parte actora como fundamento de la vulneración de sus derechos, lo que desdibuja la relevancia constitucional que podría abrir camino a la acción.

Así las cosas, considera el Despacho que en el presente asunto existen otros mecanismos alternativos, que pueden presentarse ya sea dentro del proceso administrativo o en lo judicial, a efectos de buscar satisfacer lo que considera premisas de yerro, y por tanto lo petitionado por el accionante se torna improcedente en sede de tutela; con fundamento en lo anterior, serán negadas las pretensiones del actor.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la presente acción de tutela incoada por el accionante CARMEN LUCELLY MOSQUERA MOSQUERA, por ser IMPROCEDENTE, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: OFICIAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIOS CIVIL – CNSC- para que, a través de su página web, una vez sea notificada de la presente acción, de manera inmediata proceda a publicar la presente sentencia de tutela, en aras de surtirse la notificación a los terceros interesados.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia a las partes, en la forma prevista en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En el evento de que esta providencia no fuere impugnada, REMITIR las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo contemplado en el artículo 1º del ACUERDO PCSJA20–11594.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



Martha Lilia Benavides Guevara