



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

Florencia, Caquetá, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE TUTELA
1ra INSTANCIA

REF: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: SANDRA SORAYA RODRIGUEZ BERRIO
ACCIONADO: COMISION NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL Y OTROS
RADICADO: 18001-31-04-002-2023-00098-00

1. OBJETO DE LA DECISION

Se encuentra al Despacho las presentes diligencias, correspondientes a la acción de tutela incoada por SANDRA SORAYA RODRIGUEZ BERRIO, en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL <<en adelante CNSC>> y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR FAMILIA – ICBF, con el fin de proferir la sentencia de primera instancia.

2. ANTECEDENTES

SANDRA SORAYA RODRIGUEZ BERRIO, instauró acción de tutela contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL <<en adelante CNSC>>, y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR FAMILIA – ICBF, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, derecho a la defensa, a la protección de la estabilidad laboral, al trabajo en condiciones dignas, de acceso a la promoción dentro de la carrera administrativa, al libre acceso a cargos públicos, la cual fue repartida a este Juzgado, para su conocimiento, a través de correo electrónico.

Narra el accionante, que se encuentra vinculada en provisionalidad al ICBF desde el 4 de octubre de 2017 hasta la fecha, en el cargo Profesional Universitario, en el Centro Zonal Puerto Rico de La Regional Caquetá, con funciones de Coordinadora y Supervisora de Contratos de Aporte, asignados a los cinco (5) Municipios de cobertura, del mencionado Centro Zonal.

Que la CNSC en acuerdos suscritos con el ICBF, abrió la Convocatoria 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer diversos cargos, para lo cual se inscribió, con el fin de aspirar al cargo OPEC 166312, Profesional Universitario Grado 7- (Psicología), la cual se llevó a cabo en octubre de 2021, donde se realizó la verificación de requisitos mínimos, se evidenció, por parte de la CNSC, que como aspirante al cargo arriba señalado, cumplía con los requisitos, por lo tanto, fue admitida y citada para presentar las pruebas de conocimiento en mayo de 2022, según el cronograma señalado en el Acuerdo No. 2081 de 2021.

Señala que superó las pruebas de conocimiento funcional y comportamental, así como el análisis de antecedentes (hoja de vida), obteniendo como resultado final 72.52 quedando en el lugar 190, con cuatro (4) aspirantes más, es decir entre cinco aspirantes conmigo, se presentó un empate, el cual resolvió el (ICBF), desde la Sede Nacional, dependencia de Gestión Humana no obstante señala que no sabe cómo quedó ocupando el puesto 313 después de haber cumplido con el requerimiento de enviar unos nuevos documentos adicionales.

Considera que el ICBF desde la Dirección de Gestión Humana, en ningún momento clarificó el procedimiento para llegar a los desempates de las personas que estaban en esa condición, solamente enviaron un correo solicitando una serie de documentos el día 4 de abril de 2023 a las 12.01 del día, el cual contestó el mismo día a las 3.36 de la tarde, enviando documentos que acreditaban la calidad de víctima del conflicto armado, no obstante, el ICBF no informa sobre el procedimiento y resultados del mencionado desempate, y es el día 18 de abril, cuando ingresa a la Audiencia de selección de prioridades en las vacantes, que se entera que ocupa el lugar 313.

Igualmente, expone que, para el 18 de abril del 2023, entró al Sistema de Apoyo para la Igualdad, al Mérito y la Oportunidad (SIMO), donde después de dos pudo realizar la selección de prioridades de vacantes, la cual quedó impresa con fecha y hora de confirmación de la audiencia: 18/04/2023 12:03:45, pero con sorpresa, para el 26 de abril del 2023, la Dirección de Gestión Humana del ICBF, mediante correo electrónico le informa que como consecuencia de, no haber diligenciado la Audiencia de Escogencia de Orden de Preferencia de las Vacantes a Proveer encontrándose habilitado para ello, la entidad le asignará una ubicación por sorteo, de conformidad con el numeral 4 del artículo 5 del Acuerdo 0166 del 2020, emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), lo que considera falta a la verdad, pues como lo anotó antes, efectivamente si descargó y diligenció la audiencia, en la misma le señala como hora para la audiencia de escogencia a las 11 de la mañana, siendo notificada a las 08:00A.m, por lo cual contesta el mismo indicando que ella ya escogió la plaza y por tanto no debería de asistir a la mencionada audiencia, pese a lo anterior, el ICBF, hace caso omiso; y continúa con el susodicho sorteo, desconociendo palmariamente la prioridad de su escogencia que la misma ley prevé, y que es la Ciudad de Florencia Caquetá, y como segunda opción es el Municipio de Pitalito - Huila; y de paso le asigna el cargo por sorteo de profesional universitario, grado 7, en la ciudad de Puerto Carreño – Vichada, decisión que considera es un sometiéndome al desarraigo de su región, familia, costumbres, entorno, entre otros.

La acción constitucional en los anteriores términos presentada, fue admitida por auto del 8 de mayo de 2023, se ordenó vincular a la Dra. EDNA PATRICIA ORTEGA CORDERO Directora de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC o quien haga sus veces, al Dr. JOHN FERNANDO GUZMÁN UPARELA Director de Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces, al Dr. IVALDO TORRES CHÁVEZ Director Universidad de Pamplona o quien haga sus veces y a la Dra. NUBIA GARZÓN LANCHEROS Coordinadora General Proceso de Selección Nro. 2149 de 2021 ICBF Universidad de Pamplona o quien haga sus veces y a todas las personas que conforman la lista de elegibles del perfil OPEC 166312, Profesional Universitario Grado 7- (Psicología) dentro del proceso de selección y concurso de méritos para

la provisión de los cargos No. 2149 de 2021 del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, convocado por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ordenándose 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. La **Universidad de Pamplona**, a través de su Coordinador Jurídico del Proceso de Selección No. 2149 de 2021 – ICBF, señala que la dicha entidad fue solamente el Operador Logístico del Concurso Abierto de Méritos, en lo referente a las etapas de **Verificación de Requisitos Mínimos y aplicación de la Prueba Escrita de Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales** correspondiente a la Convocatoria 2149 ICBF y teniendo en cuenta lo expuesto por la accionante en su escrito, el tema corresponde exclusivamente a la CNSC y la entidad ICBF respecto de las listas de elegibles las cuales y como se mencionó no corresponden a una etapa en las cuales esa casa de estudios tenga infidencia. Pues, el cumplimiento de las obligaciones contractuales para con la CNSC ya fueron liquidadas y cumplidas, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción constitucional.

La **Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”**, a través de su oficina jurídica, refirió la naturaleza excepcional y subsidiaria de la acción de tutela, señalando que el inconformismo del actor se centra específicamente a resolver de fondo su solicitud de nombramiento para el cargo el cual concursó, igualmente que el trámite de la audiencia de escogencia de cargo, se realizó conforme a lo estipulado en el Acuerdo No. 166 del 12 de marzo de 2020 en el *“Por el cual se establece el procedimiento para las Audiencias Públicas para escogencia de vacante de un empleo con diferentes ubicaciones en la jurisdicción de un municipio, departamento o a nivel nacional”*.

Explica que a accionante debió seleccionar la vacante y posterior a esto el ICBF, tenía la obligación de expedir el acto administrativo para nombrar a la accionante en periodo de prueba, lo que prueba de que la CNSC, en todo momento garantizó el debido proceso a la accionante, por cuanto se

realizaron las correspondientes notificaciones de este trámite, las cuales fueron leídas por la parte accionante.

Frente a las manifestaciones de inconformismo señalados por el accionante, indica que, fueron múltiples las comunicaciones que se presentaron a la accionante en el SIMO invitando a aquellos aspirantes que no habían culminado la escogencia de vacantes, para que realizaran el procedimiento de manera adecuada y el marco de la normatividad vigente, con el propósito de garantizar el debido proceso, el derecho al mérito y la igualdad que le asiste a todos los elegibles, no obstante, consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, se pudo constatar que, a pesar de las diferentes comunicaciones, **la accionante no realizó la escogencia en orden de preferencia, conforme a las reglas del Acuerdo No. 0166 de 2020**, para el empleo con OPEC No. 166312; toda vez que, asignó 313 prioridades de 312 que le correspondían, de acuerdo con su ubicación definitiva en la Lista de Elegibles posterior al desempate realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-.

Bajo las anteriores precisiones, explica que la accionante pasó de la prioridad No. 288 identificada con ID de vacante 602907921, a la prioridad No. 290 identificada con ID de vacante 602908236; omitiendo entonces la asignación de la prioridad No. 289. De ahí que, finalizada la audiencia, el aplicativo SIMO generó el reporte general con la escogencia o asignación de vacantes en estricto orden de mérito de los Elegibles, el cual fue remitido a la Entidad (ICBF), en quienes recae la competencia para efectuar el nombramiento en período de prueba, según la normatividad vigente.

Cabe resaltar que, cuando un elegible no formaliza el procedimiento en su totalidad la Entidad (ICBF) deberá asignar una ubicación por sorteo, lo que efectivamente pasó, tal como lo establece el numeral 4 del artículo 5, del citado Acuerdo No. 0166 de 2020, teniendo en cuenta lo señalado previamente, como la accionante no realizó la escogencia del orden de preferencia, encontrándose habilitada, la entidad la citó al sorteo de asignación de ubicación de la vacante, en la cual será nombrada en periodo

de prueba, de acuerdo con las reglas del proceso de selección, aceptadas en la inscripción.

Finalmente, se puede evidenciar que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-, ha sido garante de los derechos de los participantes en cada una de las etapas que conforman el concurso de méritos protegido constitucionalmente y de las normas que la regulan.

Por su parte, el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, por intermedio de su apoderada jurídica, contesta la presente acción constitucional indicando que la accionante participó en la Convocatoria 2149 de 2021, y quedó en empate con 4 participantes más, por lo cual se aplicaron las reglas establecidas para tal fin, definidas desde el inicio de la convocatoria y en lo atinente a la audiencia de escogencia de plaza es la CNSC quien se encargó del tal etapa a través de la plataforma SIMO y en virtud de lo establecido en el artículo 5, numeral 4° del Acuerdo 0166 de 2020; esta entidad realizó la asignación de plaza conforme al orden de mérito y las vacantes disponibles, es decir que no hay vulneración a derechos fundamentales invocados por parte del ICBF por cuanto se atendieron las reglas previamente establecidas dentro de la convocatoria.

Frente al tema del desempate realizado para la OPEC 166212 y que el accionante manifiesta desconocer la forma como se adelanta. Al respecto precisa que, el proceso de desempate se encuentra ajustado a la normativa que lo regula, el actual proceso de selección Convocatoria No 2149 de 2021, se rige bajo las reglas fijadas para la misma mediante el **Acuerdo No CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021, su anexo técnico y modificatorios** el cual establece para todas sus etapas cuáles son los mecanismos de publicidad respectivos, todos ellos a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Indica que, en todo caso, la elegible gozó de los mismos tiempos para la escogencia que todos los elegibles, para lo cual la CNSC si lo considera como operador de la herramienta y con el acceso a ella, podrá verificar si la elegible cumplió de manera efectiva con el proceso completo de elección o si lo realizado fue parcial, situación que no corresponde a esta entidad.

Por las razones expuestas, no hay lugar a que se acceda a las pretensiones de la accionante en tanto que el trámite de desempate y la Audiencia de Escogencia de Vacante fue surtido dando estricta aplicación a la normatividad que rige el concurso de méritos, esto es, los Acuerdos de la CNSC previamente reseñados, reglas a las que se acogieron en igualdad de condiciones todos los elegibles, en esa medida se solicita al Despacho que no se acceda a lo solicitado

Frente a la publicación de la presente acción constitucional a todas las personas que conforman la lista de elegibles del perfil OPEC 166312, Profesional Universitario Grado 7- (Psicología) dentro del proceso de selección y concurso de méritos para la provisión de los cargos No. 2149 de 2021 del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, convocado por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, debe indicar el despacho que se allegaron memoriales de contradicción, a la presente acción de tutela, indicando que no consideran que se deba aceptar los argumentos esgrimidos por la accionante, toda vez que tuvo la misma oportunidad de ellos de presentar las peticiones en el SIMO. Igualmente hubo personas que estuvieron de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la accionante y que incluso solicitan la adhesión al fallo que profiera el Despacho, en la medida de que consideran que hubo falencias en el desarrollo del desempate y en la escogencia de los cargos, demostrando situaciones particulares.

Cumplido con el trámite 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

Aspecto Previo.

Debe indicarse que conforme las peticiones de adhesión de la presente acción constitucional, el despacho tendrá en cuenta los argumentos esgrimidos en el mismo frente a la acción de tutela de la accionante, no

obstante, no puede tenerlas en cuenta como adhesión a la acción de tutela en sí, ello por cuanto la acción de tutela es interpartes y la consideración de los hechos dan cuenta de aspectos particulares que conforme las pruebas aportadas no alcanzan a determinar un efecto personal de los solicitantes, razón por la cual la decisión que se tome, se establece para determinar los hechos que considera vulnerados el accionante, y ello se determina, es porque las personas que manifiestan su adhesión en sí, están confirmando la situación particular que detalla la accionante en su escrito de tutela.

De la acción de tutela

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 sí 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 Sandra Soraya Rodríguez Berrio, quien asegura se ve perjudicado por la decisión de la CNSC, de tenerla como no presentada en la escogencia del cargo, dejándola a sorteo su escogencia, lo que conlleva a que fuera enviada a otra sede. 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 y el ICBF, se encuentran legitimados como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad legal, y al ser los directos responsables de las actuaciones administrativas necesarias para responder las presuntas irregularidades planteadas en la convocatoria No. Nro. 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 demostrar las falencias que en el desempate en el registro de elegibles y la

escogencia de la vacante, la cual se realizó a sorteo, pese a que considera realizó todo el proceso conforme las instrucciones en el SIMO, de las cuales aporta pruebas, 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

1 Sentencia T – 544 de 2013

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 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.

3.6 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, especificando que existe un menoscabo en las condiciones laborales, no obstante, las mismas no son específicas, ni congruentes, si se tiene en cuenta que actualmente se encuentra en provisionalidad y el trabajo que predica es una expectativa que existe por el concurso.

Debe indicarse que la finalidad de la accionante es que se le tengan en cuenta sus consideraciones frente a las acciones realizadas en el SIMO, de las cuales allega como prueba a las presentes diligencias, referente al proceso que se llevó a cabo de desempate en el cargo y frente a la escogencia de la vacante, la cual no se tuvo en cuenta su elección, sino que

fue sometida a reparto, siendo escogida para ella la de Puerto Carreño – Vichada.

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 de Docente y Directivo Docente.

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 peticionado 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 la accionante SANDRA SORAYA RODRIGUEZ BERRIO, por ser IMPROCEDENTE, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

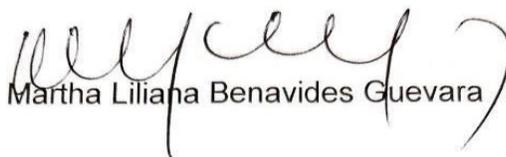
SEGUNDO: OFICIAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIOS CIVIL – CNSC- para que, a través de su página web, una vez sea notificada de la presente acción, de manera inmediata proceda a publicar la presente sentencia de tutela, en aras de surtirse la notificación a los terceros interesados.

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 Liliana Benavides Guevara