

CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
Email: j01pepas@cendoj.ramajudicial.gov.co
Horario de atención: 8 a.m. – 1 p. m. y 1 p.m. – 5 p.m.

San Juan de Pasto,
28 de febrero de 2023

Oficio CSA-J1 No. 0324

Señor
**REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMISIÓN
NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co
Tel. 6013259700.
Bogotá, D.C.

Señor
REPRESENTANTE LEGAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
Calle 70 No. 53-40, Sede Bosque Popular.
Notificación Electrónica: notificacionesjudiciales@unilibre.edu.co
Tel. 6014232700 ext. 1812.
Bogotá D.C.

Ref.: RADICADO No.: **5200131070012023-00020-00**
ACCIONANTE: ALEXANDER RODRIGO VIVEROS PALACIOS
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC
UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA,
VINCULADOS: INTEGRANTES DEL CONCURSO DE MÉRITOS N° 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de
2022 de Directivos Docentes y Docentes, Población Mayoritaria, zona rural y
no rural
ACTUACION: SENTENCIA DE 27/02/2023

Para su información y fines pertinentes me permito NOTIFICARLE de manera personal de FALLO de tutela de fecha 27/02/2023 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, que en su parte pertinente dice: "(...). PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado, de conformidad con la motivación precedente. SEGUNDO: REMITIR el expediente y esta decisión a la Secretaría del Consejo de Estado, acorde con lo señalado en auto de 16 de febrero de 2023, para su conocimiento y en aras de que sea útil en las decisiones que estén en curso por los mismos hechos expuestos por el ahora accionante. TERCERO: Contra este fallo procede el recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles posteriores a su notificación. En caso de no ser impugnada, REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Teniendo en cuenta que los Despachos Judiciales cumplimos el horario de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m., se advierte que la documentación remitida por fuera del horario laboral se entiende radicada al día siguiente hábil. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE (fdo.) Jueza".

De igual manera se solicita se sirva que a través de su página web inmediatamente procedan a notificar el fallo de tutela, en aras de surtirse la notificación a los terceros interesados para lo cual se anexa oficio 0325.

Anexo: Copia de sentencia (11 folios).

Cordialmente,

DARIO VICENTE PORTILLA AMAGUAÑA
Secretario Centro de Servicios Administrativos



REPÚBLICA DE COLOMBIA.
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO.
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO.

Pasto, veintisiete (27) de febrero del dos mil veintitrés (2023)

TUTELA No: 10
RADICACIÓN: 2023-00020.
ACCIONANTE: ALEXANDER RODRIGO VIVEROS
ACCIONADO: CNSC.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Al Despacho corresponde emitir fallo respecto de la acción de tutela presentada por el señor ALEXANDER RODRIGO VIVEROS PALACIOS, identificado con la C.C. No. 94.535.778 de Cali- Valle, en contra de LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (En adelante CNSC) y la UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA, con el propósito de que se proteja su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Señala el accionante que participó en el proceso de selección de Directivos Docentes y Docentes, al cargo de rector no rural de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, con OPEC No. 183843, dentro del cual en la fase eliminatoria del examen fue puntuado con 69.12, es decir, no continuó en el proceso. Sobre dicho proceso esgrimió una serie de falencias atentatorias de su derecho al debido proceso administrativo, a saber:

La Universidad Libre debía publicar en la Guía de Orientación al Aspirante (GOA) la forma de calificación, lo cual no se cumplió en debida forma dado que entre otras cosas no presentó la fórmula concreta, simplemente se nombró como se calificaría, pero sin detalle. Así, después de cinco meses se explicitó ello al contestar la reclamación señalando la fórmula y aludiendo la improcedencia de recursos sobre la información omitida en el GOA.

Refirió que en la calificación debía aplicarse la de mayor favorabilidad para el aspirante -puntaje directo y no el ajustado- y explicitarse la calificación en el GOA acorde con el anexo de la licitación pública que sirvió para la convocatoria, y que ello, perfectamente podía ser suministrado con el GOA previamente. Entonces, alegó que era inexcusable la omisión, pues es un derecho irrenunciable conocer detalladamente la metodología de la calificación al detalle.



Cuestionó que se arguya que en la calificación incide el número de aspirantes y el desempeño de los mismos, pues eso no se condensa en la convocatoria ni en el GOA, porque ello puede variar acorde con los fallecimientos, jubilaciones y otras situaciones, ni tampoco el costo de la realización del concurso. Iteró, de forma separada que, para aprobar se requería acertar más del 70% de las respuestas, de modo que, no se puede exigir que haya una proporción superior de aciertos. Agregó que, la respuesta a su complementación a la reclamación se dio como si se tratara de otro radicado y no como complementación y por ello, había una falsedad en documento público.

Afirmó que, el Ministerio de Educación Nacional estableció las funciones del cargo de rector en la Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, que es el manual de funciones, a las cuales escapa la implementación de seis preguntas de ofimática en la prueba eliminatoria, por ello, en su reclamación refirió tal circunstancia. Reprochó que se haya respondido con base en la bibliografía de “Las mejores prácticas de Office 365”, así, en la contestación se aludió que se busca indagar y hacer un esfuerzo en la construcción de las pruebas para medir las competencias que ayuden al logro de los objetivos y funciones específicas de los cargos a proveer, de modo que, esas competencias son importantes para medir el conocimiento de herramientas que usan para el desarrollo de las funciones, además, en las entidades públicas se ha adquirido los programas a Microsoft.

Sostuvo que, se ha vulnerado su derecho al debido proceso administrativo, por la falta de publicidad en las actuaciones -GOA-; la moralidad puesto que podía otorgarse la integridad del proceso de calificación previamente; la buena fe pues esperaba que ello se haga conforme a los anexos de la licitación, con transparencia y coordinación.

En punto de la subsidiariedad de la acción de tutela, manifestó que, para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tendría que esperar a que se publique el acto administrativo definitivo, es decir la lista de elegibles. Por ello, adujo que interponía el amparo para evitar un perjuicio irremediable como sería no ser incluido en la lista de elegibles. Además, acotó que las medidas cautelares tardan años en resolverse. Esperar a lo contencioso con la expedición de la lista de elegibles, de llegarse a anular el acto accediendo a sus pretensiones, tendría un costo económico grande en el concurso y sería desproporcionado que deban hacer nuevamente el concurso. De ser desfavorable, sería injusto que los participantes estén a la espera de la resolución por la suspensión del concurso.

Iteró que se configura en su caso un perjuicio irremediable en tanto, si sigue en el proceso de selección en las subsiguientes etapas podría estar bien puntuado por su experiencia y educación adicional, máxime cuando en una entrevista lograría buenos resultados por su capacidad de expresarse en público. Así, dijo que hay un riesgo inminente y grave en tanto de omitirse las preguntas en ofimática continuaría en el proceso. Por ello, adujo ser urgente la nulidad de la calificación resultante de la metodología usada, al igual que de las mencionadas preguntas. Finalmente, aludió que hay inmediatez en la acción por cuanto, su reclamación fue contestada el dos de febrero hogaño.

Con fundamento en lo anterior, solicitó se tutele el derecho al debido proceso administrativo, ordenándose a la CNSC declarar la nulidad de las seis preguntas de ofimática realizadas en la prueba escrita eliminatoria, disponiéndose su recalificación tomando en cuenta que se reducirían



los ítems. Declarar la nulidad de la metodología usada para la calificación y en su lugar aplicar la de puntuación directa. Igualmente, que se responda de manera debida su complemento a la reclamación con radicado No. 554874386.

III. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una vez recayó por reparto la demanda tuitiva a este Despacho, el nueve de febrero de 2023 a través de auto se procedió a admitir la misma, ordenándose a la accionada que rinda sendos informes dentro de los dos días siguientes a la notificación, para que se pronuncie sobre el caso planteado en la demanda tutelar, advirtiéndosele que el no hacerlo, enviar un informe deficiente o fuera de tiempo, trae como consecuencia que se presumirán verídicos los hechos narrados en la demanda.

Se negó la medida provisional y se vinculó a los integrantes del concurso de méritos que participaron en la OPEC del actor, disponiéndose su notificación a través de la página web.

A través de auto de 16 de febrero hogaño, se despachó de manera desfavorable la petición de vinculación realizada por el accionante, no obstante, en aras de precaver una triple identidad de la acción de tutela se ofició a la Secretaria General del Consejo de Estado para que informara si se dio curso a la petición del actor como una acción de tutela y en caso positivo, se remitiera el expediente de manera integral, certificando la fecha del auto admisorio y si media fallo en la misma. Ahora bien, las accionadas se pronunciaron en los siguientes términos:

Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

Alegó la falta de subsidiariedad en la acción puesto que no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de un acto administrativo, al contar con los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, deviniendo el amparo en improcedente.

Señaló que, se pretende inducir en error al juez para buscar una mejoría en la calificación, aduciendo que de manera arbitraria se conformaron los ejes para las pruebas objeto de reclamación, cuando ello se hizo con sustento en lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 915 de 2016, que dispone que se puede solicitar por parte del Ministerio de Educación Nacional a la comisión la inclusión de otros componentes a evaluar en la prueba de aptitudes y competencias básicas. Por ello la inclusión de ofimática, no es arbitrario ni incumple lo establecido en el manual de funciones. Al contrario, atiende las dinámicas propias de la educación y representa no sólo una necesidad sino un deber de cualquier servidor público en el marco de una administración pública eficiente.

Así alegó que, se está usando la acción de tutela como un medio alternativo adicional o complementario, buscando desplazar la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cual se desprende de todos sus argumentos, pues son pretensiones asociadas con la legalidad de las atribuciones conferidas al Ministerio de Educación y a la CNSC en un decreto reglamentario. Descartó la presencia de una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, o un perjuicio irremediable.



Aunado a lo anterior señaló la falta de inmediatez, que busca que se procure por la protección inmediata a través de esta vía excepcional, junto con el deber de interponer los recursos de manera oportuna. Así refirió que, el decreto reglamentario que faculta que se incluyan otros ejes fue expedido en el 2016, el acuerdo de selección en el año 2021, y la guía de orientación y el acceso a los ejes temáticos se publicaron y fueron de público conocimiento desde el 26 de agosto de 2022, de ahí que teniendo en cuenta esos extremos temporales se encuentra que no ha sido oportuna la búsqueda de la protección a la presunta vulneración. Expresó que no existe ningún motivo válido que justifique la inactividad del actor, pues sólo esperó a obtener los resultados de la prueba de conocimientos para refutar los ejes temáticos previos que ya conocía y las reglas a las que se sujetaba el concurso.

Señaló que con la inscripción el actor aceptó todas las reglas del proceso de selección y tenía conocimiento tanto del puntaje mínimo probatorio, como de las reglas que seguía, y acude al amparo sin haber antes agotado trámite alguno ante lo contencioso sobre el Acuerdo de la Convocatoria. De ahí que muchas de las acciones con las que contaba el actor no fueron adelantadas y ahora pretende sacar provecho a partir de la respuesta a la reclamación.

Esgrimió que muchos de sus reproches orientados a la protección de la moralidad administrativa transparencia y otros, son litigios propios de otras acciones como la popular pues se trata de derechos e intereses colectivos, la cual desplaza a la acción de tutela.

Respecto a la respuesta a la reclamación, aludió que aquella se dio el día 2 de febrero de 2023, y citando un precedente del Consejo de Estado, argumentó que los actos de trámite que impiden al concursante continuar con su participación en un concurso, se convierten en actos definitivos que definen una situación jurídica, y en consecuencia pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo mismo cuenta con dicha vía.

Ampliamente se pronunció respecto al desacierto del reproche de la realización de las preguntas de ofimática, pues descartarlas equivaldría evaluar únicamente la operatividad que puede ejercer el ser humano, sin seleccionar a aquellos que además de su conocimiento cuentan con las competencias requeridas para el ejercicio docente y que aportan a un mejor servicio educativo. Aludió a diferentes normas que exaltan cuáles son los fines de la educación en coherencia con los sistemas de información u ofimática. Igualmente hizo un análisis como su uso es vital para varias de las funciones que se encuentran enlistadas en el manual de funciones para los rectores.

En gracia de discusión, también se pronunció sobre el método de calificación por ajuste proporcional que “transforma la puntuación de los participantes incluidos en el grupo de referencia de forma proporcional sin modificar el puesto obtenido por cada uno de ellos; es decir, garantizando que cada concursante quedará en la misma posición con respecto al grupo de referencia en la que se ubicaría si la calificación correspondiera a la sumatoria de los aciertos obtenidos en la prueba.” Además, que sobre este tópico en la reclamación se dio contestación de forma precisa y de fondo, la cual citó, recordando que dicho método se aplicó a todos los participantes garantizando la igualdad.

Dio a conocer como se desarrollaron los ejes temáticos, la evaluación de la coherencia de la prueba, pertinencia y relevancia de los indicadores incluidos en la estructura para cada uno de



los cargos. En suma, retomó solicitando que se declare improcedente la acción, en tanto no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales.

Universidad Libre de Colombia.

Pronunciándose sobre cada uno de los hechos vertidos en la demanda de tutela, niega la falsedad en documento público pues la radicación 554874386 a la que refirió el accionante, corresponde al usuario del actor y por ello no hay ningún error, además, las respuestas a los accionantes se resuelven en un único documento, tanto las reclamaciones como la complementación.

Sobre el fondo del asunto, acotó a la convocatoria como norma reguladora del proceso de selección, el cual se hace bajo los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad de ingreso, publicidad y transparencia. Los inscritos aceptaron todas las reglas de este.

Refirió que, respecto a su inconformidad con el método de calificación, ello fue resuelto de fondo en la respuesta a la reclamación, sentido que citó, junto con la fórmula y la razón de su aplicación. A su turno explicó el fin de establecer cierta información en el GOA. Contrario a lo dicho por el peticionario, aludió que, en el GOA, se mencionaron los diferentes escenarios de calificación para las pruebas eliminatorias, recordando que aquel se debe construir en un lenguaje sencillo y sin entrar en tecnicismos para facilitar su entendimiento, en tanto su objetivo principal es orientar al aspirante sobre diversos aspectos de las pruebas escritas. De ahí que aludiera que se dio cumplimiento total a los documentos técnicos de la convocatoria respecto al GOA.

Sostuvo que, se atendió de manera de fondo y completa su reclamación, pues quiso saber cómo fue el método y así se hizo el dos de febrero de 2023. Respecto a la favorabilidad en su calificación, recordó cómo los concursos de méritos siguen la línea de la evaluación de competencias, buscando que el ingreso sea exclusivamente por mérito e igualdad, lo cual conlleva al diseño de pruebas que evalúen los conocimientos, habilidades y capacidades de las actividades propias y/o hipotéticas del ámbito laboral. Las pruebas construidas direccionan a los aspirantes para que expongan las competencias que poseen que deben ser concordantes con las características funcionales de los empleos.

De este modo adujo que “el método de calificación aplicado (ajuste proporcional es decir, puntuación directa ajustada), permite asignar un valor numérico dentro de la escala definida para la convocatoria a partir de la ejecución obtenida por el candidato en la prueba, logrando que la distribución de las puntuaciones tenga una correspondencia al lineal de tal forma que solo aquellos aspirantes con mayor atributo o dominio de la competencia dentro del grupo de referencia (OPEC) sean quienes continúen en concurso, siempre y cuando su puntuación sea igual o superior al mínimo aprobatorio”.

Es así como se logra aprobar a los mejores candidatos que tienen mayor dominio de cada competencia, pues este tipo de pruebas confrontan el desempeño de los evaluados entre sí y teniendo en cuenta el grupo en el que se encuentra el aspirante, siendo ello así el número de aciertos de todos los evaluados se emplea para calcular la denominada proporción de referencia, que no es otra cosa que el criterio de ajuste o transformación del puntaje. Así continuó explicando la razón de dicho método de calificación, Lo cual ya le fue explicado en la reclamación al peticionario.



Luego respecto a los ítems de ofimática, refirió como ello fue abordado en el alcance que se le remitió el día 14 de febrero de 2023, en el cual se le indicó su pertinencia y se allegó la respectiva table de ejes temáticos correspondientes a la opec para la cual concursó.

Iteró que, la radicación de la presente acción de tutela también fue entregada por el peticionario a la entidad y por lo mismo en la respuesta a la reclamación, se abordó además todo lo que ha expuesto en el libelo, aduciendo igualmente que había interpuesto una acción previa en el mes de noviembre de 2022 y fallada a favor de las accionadas.

Expresó que debido a la presentación de tutela se rectificó la respuesta notificada y se procedió a emitir un alcance a la respuesta de la reclamación, con lo cual se respondió de fondo y atendió todos los argumentos y solicitudes impetradas por el accionante, de ahí que solicitara que el amparo sea declarado improcedente agregando además la inexistencia de vulneración al derecho al debido proceso administrativo.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De la competencia y de las reglas de reparto:

Antes que todo, huelga decir que éste Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, por virtud del artículo 86 constitucional y el artículo 37 del Estatuto de Tutela¹ que habla de la competencia ecuménica, solo pudiéndose invocar conflictos de competencia por razones del fuero territorial o subjetivo (tutela contra medios de comunicación), en cuyo caso es obligación del juez remitir oficiosamente el expediente al funcionario que considera competente y, dar cuenta inmediata de ello a la parte activa y pasiva (parágrafo del artículo 1º de Decreto 1382 de 2000).

Teniendo en cuenta que la entidad accionada es un órgano del orden nacional, incumbe tramitar a los jueces del circuito este asunto, tal cual dispone el Art. 1 del Decreto 1382 del 2000, cumpliéndose así las reglas de reparto que consagra esa normativa.

¹ Cuando referimos al Estatuto de la Tutela, estamos aludiendo al Decreto 2591 de 1991, regulatorio del trámite de tutela. Nos explicamos: Los derechos fundamentales y las garantías procesales destinadas a su protección, deben ser reguladas mediante leyes de tipo ESTATUTARIO, así lo establece el artículo 152, ordinal A, de la Constitución Política, que a su letra señala: “*Mediante las leyes estatutarias, el congreso de la república regulará las siguientes materias: A) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (...)”.* (Subrayas fuera de texto original). La acción de tutela participa de las dos categorías subrayadas, pues, no hay duda, es un breve trámite o procedimiento para proteger los derechos fundamentales, pero también es, en sí misma, *per se*, un derecho fundamental, ya que la Corte Constitucional, desde sus inicios, ha calificado a la acción de tutela como un derecho procesal de estirpe fundamental (ver, entre muchas otras, la sentencia C-531 de 1993), esto, sumado a que el mismo texto constitucional, en el artículo transitorio 5º, ordinal B, reputa a la acción de tutela como un derecho y asimismo lo hace el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que el artículo 25.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone que “*toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales (...)*”; esta última normatividad, valga recordar, hace parte del bloque de Constitucionalidad, amen que entró al derecho interno por intermedio de la Ley 16 de 1972, que ratificó este tratado. Quedando claro que la acción de tutela es un derecho fundamental y una garantía procesal instituida para guarecer derechos fundamentales, entonces toda regulación que se haga a la acción de tutela tiene que hacerse mediante ley estatutaria, sin embargo, el Gobierno Nacional, facultado expresamente por el precepto transitorio 5B de la Constitución Política, reglamentó la acción de tutela a través del Decreto 2591 de 1991. Ello quiere significar que ese Decreto tiene fuerza material de ley estatutaria, allí la razón de que se lo denomine como Estatuto de la Tutela.



Legitimación en la causa por activa y pasiva

En lo que concierne a la legitimidad por activa (*aptitud para acudir al instrumento tutelar*), tenemos que el artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 10 del Estatuto de la Tutela, dispone que cualquier persona, por sí misma o por interpuesta persona, podrá interponer acción de tutela, lo cual implica que solo basta ser titular de derechos fundamentales para acudir a este mecanismo (*solo se necesita ser titular de esos derechos mas no que los mismos estén periclitando o injuriados, pues esto se analiza y decide en la sentencia, y en caso de que no lo estén, se niega el amparo y no el acceso a la acción de tutela*)².

De vieja data ha sentenciado la Corte Constitucional que la expresión en subrayas abarca tanto a las personas naturales como a las jurídicas³. Entonces, todos están legitimados para acudir a esa garantía superior, indistintamente si se trata de personas naturales, bien sean nacionales o extranjeras, mayores o menores de edad, sin importar sexo o edad, religión, entre otros, ni tampoco si siendo personas jurídicas son públicas o privadas. Por eso, es que la doctrina dice que *“la legitimidad por activa para interponer tutelas es un concepto amplio y democrático.”*⁴

²Nuestro constitucionalismo es antropológico, tiene por centro y fin la dignidad del ser humano y su bienestar (primer imperativo Kantiano), y ello se alcanza con la garantía de efectividad, de realización, de ejercicio de unos derechos básicos que son de la esencia del ser humano, de modo que la vigencia de estos tornan digna a la persona; y estos derechos, conocidos como fundamentales, por ser del sustrato del ser humano, son anteriores al mundo jurídico, están dados al hombre por el solo hecho de participar de la categoría de persona humana, de modo que el ordenamiento jurídico se limita a positivizarlos (reconoce su existencia mediante una norma jurídica, mas no los crea) y a estructurar mecanismos para su protección, dado que ya están reconocidos en cabeza de los seres humanos, de ahí que la acción de tutela no esté instituida para reconocer o declarar que una persona es titular de este tipo de derechos, sino para guarecerlos (fin protector, que no declarativo). Sin externos demasiado en lo que se dirá, resáltese que en un principio, en los albores de la Constitución de 1991, los jueces del país, en su mayoría, relacionaban el concepto de derecho fundamental con la persona humana, que no con la persona jurídica, puesto que los derechos fundamentales aluden a la dignidad del hombre, por lo cual, de entrada, suena coherente que estos no se prediquen de las personas jurídicas; pero más temprano que tarde, la Corte Constitucional (sentencia T-411 de 1992), advirtió que detrás de la persona jurídica hay indefectiblemente personas humanas, de modo que aquella encarna los derechos fundamentales de estos, tales como el de asociación, el debido proceso, la no violación de la correspondencia, en fin, por consiguiente, la Corte explica que las personas jurídicas sí gozan de derechos fundamentales, aunque no de todos, pues derechos como el de la vida y la prohibición de la pena de muerte (cuando la existencia de una persona jurídica pelagra, esto no significa que el derecho fundamental a la vida de ella periclite, pues allí lo que corre riesgo es el derecho de asociación de las personas naturales, por medio del cual constituyen las personas jurídicas), la intimidad familiar, etcétera, por su connotación, solo se predicen de las personas naturales. En síntesis, las personas naturales, a través de las jurídicas, ejercen derechos fundamentales, por ende, las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, pero no son dueños de todos, pues algunos *ius fundamentales*, dada su naturaleza, solo dicen relación a la persona humana. De modo que, sin que esto torne al trámite de tutela en declarativo, si puede darse que una persona jurídica invoque, en sede de tutela, la protección un derecho fundamental de aquellos que no ostenta, y ahí sí, el juez de tutela tendrá que, primero, declarar que no es dueño de tal, y consecuentemente, negar el amparo. Este es un raro caso en el que en la tutela, para evaluar si se suministra la protección inmediata, es menester declarar si una persona jurídica es titular del derecho fundamental predicado afectado, cosa que no acontece en tratándose de personas naturales, pues se da por sentado que son titulares de derechos fundamentales, por lo cual, el objeto de la tutela es verificar si ellos están ofendidos, y si es así, procurar su eficaz amparo.

³ La primera sentencia de la Corte Constitucional que tocó el tema de la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas fue la T-411 de 1992. En esa sentencia la Corte dice que ciertos derechos fundamentales dada su naturaleza solo se predicen de las personas humanas, por ejemplo: la vida y la exclusión de pena de muerte (art. 11 constitucional), derecho a la intimidad familiar (art. 15 *ejusdem*), entre otros; en cambio otros derechos de esa estirpe se predicen indirectamente de las personas jurídicas porque a través de esos entes fictos se logran realizar derechos fundamentales de las personas naturales, *verbi gratia*: el derecho a la asociación (art. 38 *ejusdem*); en esa misma providencia la Corte sostuvo que también las personas jurídicas, por el solo hecho de serlo, ostentan de derechos que le son predicables en tanto son connaturales a ellas, tales como la inviolabilidad de la correspondencia (art. 15 *ejusdem*), el debido proceso (art. 29 *ejusdem*).

⁴DERECHO PROCESAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA, NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, ISBN obra 958-9176-34-8, ISBN volumen 958-683-819-6, Editorial Universidad Javeriana, segunda edición, año 2005, página 175.



En ese orden, ha concurrido a nombre propio el solicitante, en beneficio de sus derechos fundamentales, convergiendo, por ende, la legitimación en la causa por activa. Frente a la legitimación por pasiva, la hay. Para demostrarlo basta recordar que el artículo 86 constitucional señala que la tutela procede contra “*cualquier autoridad pública*”, tal como lo es la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

De los problemas jurídicos a tratar:

¿Es procedente la acción de tutela en este caso en particular, para ordenar la anulación de la eliminación del actor dentro de un concurso de méritos? En caso positivo se determinará si:

¿Se vulneran los derechos fundamentales del actor, ante la falta de nombramiento en el cargo para el cual concursó en el proceso de selección?

Resolución de los predicamentos jurídicos:

Bien, la acción de tutela prevista en el Art. 86 de nuestra Carta Política fue erigida como un mecanismo ágil y expedito para la protección de los derechos fundamentales a instancias judiciales, al cual pueden acudir todos los ciudadanos que consideren amenazados o vulnerados sus derechos por parte de las autoridades o particulares. Por su excepcionalidad, para su activación y procedencia se requiere la acreditación de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Así conforme al primero, el amparo procederá cuando no existen otros medios de defensa judicial o en el evento de que estos existan, ellos no sean idóneos para conjurar un perjuicio irremediable. De acuerdo con el segundo, la interposición de la acción debe registrarse en un tiempo razonable respecto de la presunta conculcación de los derechos fundamentales.

Además, de acuerdo con el requisito de inmediatez la acción de tutela debe ser propuesta en un tiempo razonable desde la violación al derecho fundamental, en tanto el amparo busca dar una reacción inmediata a tal vulneración.

Tratándose de los actos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos, por regla general se predica la improcedencia de la acción de tutela, en tanto para ello están previstos los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro de la cual, además, se pueden incoar medidas cautelares de protección frente a los efectos adversos, hasta tanto exista una solución de fondo. Sobre la salvedad a dicha regla en la Sentencia T- 292 de 2017 la Corte Constitucional señaló:

“Sin embargo, la Corte Constitucional también ha sostenido que cuando se discuten actos administrativos en el marco de un concurso de méritos de docentes etnoeducadores, procede excepcionalmente la acción de tutela (i) como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo y (ii) como mecanismo



transitorio, para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable ante una posible pérdida de autonomía o identidad cultural del grupo étnico.

(...)

27.5. Cabe destacar, que acorde con lo previsto por el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son actos administrativos susceptibles de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. En razón a ello, el Consejo de Estado ha diferenciado los actos administrativos de contenido definitivo, de los preparatorios, de trámite y de ejecución.

En ese sentido, el alto tribunal ha estimado que (i) un acto administrativo será de carácter definitivo cuando contenga decisiones de la Administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o que imposibiliten la continuación de esa actuación⁵, por tanto, este tipo de actos comúnmente niegan o conceden un derecho reclamado ante la autoridad. De ahí que produzca efectos jurídicos vinculantes para el particular pues, crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica⁶. De otra parte, (ii) los actos preparatorios son los que se limitan a preparar la actuación de la Administración, mientras que, (iii) los actos de trámite impulsan tal actuación, como los actos expedidos durante el trámite de los concursos de méritos⁷, es decir, que “constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo”⁸ y solo por excepción son demandables, en los eventos en los que impidan que la actuación continúe⁹, pues en este caso se convertirían en actos definitivos. Finalmente, (iv) los actos de ejecución tienen por objeto dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las del acto o sentencia ejecutada, pues son expedidos para materializar esas decisiones. No obstante, el Consejo de Estado ha aceptado su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los casos en los que ese acto exceda, parcial o totalmente, lo dispuesto en el acto administrativo o sentencia ejecutada, pues en ese evento crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica diferente, generando así un verdadero acto administrativo¹⁰, el cual constituye un acto administrativo independiente.

⁵ Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Auto No. 22003 del 13 de octubre de 2016.

⁶ Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Auto No. 19673 del 16 de noviembre de 2016.

⁷ Consejo de Estado – Sección Quinta, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia proferida el 16 de junio de 2016, dentro del proceso de acción de cumplimiento No. 05001-23-31-000-2016-00891-01.

⁸ Ver SU-617 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹ Consejo de Estado – sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia proferida el 3 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000-23-27-000-2011-00194-01(19952).

¹⁰ *Ibíd.*



De lo anterior se puede colegir, que los actos preparatorios, de trámite y de ejecución, no son en principio demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, de generar una eventual vulneración de derechos fundamentales, su análisis procedería a través de la acción de tutela.”

Bien, en el caso en concreto se encuentra que el actor participó del proceso de selección de Directivos Docentes y Docentes, al cargo de rector no rural de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, con OPEC No. 183843, dentro del cual en la fase eliminatoria del examen fue puntuado con 69.12, es decir, no continuó en el proceso. Ahora, frente a tal panorama a través de la acción de tutela alega básicamente unas falencias en la publicación y lo contenido en la Guía de Orientación al Aspirante (GOA), más específicamente en la forma de calificación, e igualmente, reprocha que se hayan incluido preguntas de ofimática en el examen; pretensiones estas que deben ser ventiladas en la jurisdicción contenciosa administrativa, a la cual contrario a lo argumentado en punto de la subsidiariedad en su escrito de demanda, puede activar puesto que en su caso al ser eliminado del concurso, cuenta con una decisión definitiva que le permite acudir a dicha jurisdicción y dentro de la misma activar las medidas cautelares procedentes.

No puede este Juzgado, suplantar los ritos administrativos previstos en la ley para que se zanje sus motivos de disenso. Inexiste la presencia de un perjuicio irremediable cuyas connotaciones son de ser urgente, grave, imperioso y urgente, el cual no puede derivarse de argumentos hipotéticos como los expuestos, según los cuales de ser favorable el fondo del asunto se evitaría truncar el concurso de méritos o que podría hacer parte de la lista de elegibles. Dicho perjuicio se determina por razones ciertas, concretas, actuales y probadas siquiera sumariamente, no por elucubraciones o expresando expectativa de derechos inexistentes.

Igualmente, no concurre inmediatez en la acción, pues sus argumentos reprochan actuaciones previas a la presentación del examen, se denota como después de conocer su eliminación del concurso, reprocha situaciones previas que conocía y nunca cuestionó. Así, el GOA se publicó en el mes de agosto de 2022, calenda desde la cual también conocía que se incluiría el componente de ofimática, muy actual en todo concurso de méritos ante el innegable uso de las tecnologías en un desempeño eficiente de la educación y cargos públicos. No obstante, seis meses después concurre alegando dichos tópicos que deben ser tratados en la jurisdicción contenciosa administrativa, sin ser dable pretender refrescar la inmediatez en la acción so pretexto de la resolución a la reclamación cuando sus argumentos obedecen a cuestiones previas. De ahí que, el amparo será declarado improcedente.

De otra parte, orientando el amparo hacia el derecho de petición -que no es lo invocado en este amparo-, hay que decir que, la reclamación y complementación ha sido resuelta de fondo y coherente con lo pedido, además, el 14 de febrero de 2023 se dio un alcance a las anteriores respuestas, en las cuales se aborda de manera más extensa lo atinente a la inclusión de preguntas de ofimática.

Finalmente, como quiera que no se obtuvo ninguna respuesta del Consejo de Estado, a fin de conocer si se dio curso a una acción de tutela por los mismos hechos ventilado en esta, en razón de la petición que entabló el actor ante su entidad, se dispondrá remitir copia del expediente y



esta decisión, en aras de que sirva para adoptar las decisiones correspondientes en las actuaciones que estén desplegando.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE SAN JUAN DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado, de conformidad con la motivación precedente.

SEGUNDO: REMITIR el expediente y esta decisión a la Secretaría del Consejo de Estado, acorde con lo señalado en auto de 16 de febrero de 2023, para su conocimiento y en aras de que sea útil en las decisiones que estén en curso por los mismos hechos expuestos por el ahora accionante.

TERCERO: Contra este fallo procede el recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles posteriores a su notificación. En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Teniendo en cuenta que los Despachos Judiciales cumplimos el horario de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m., se advierte que la documentación remitida por fuera del horario laboral se entiende radicada al día siguiente hábil.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA
JUEZA