REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE ENVIGADO

Envigado, primero (1º) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia	033
Radicado	05266-31-03-001-2023-00043-00
Procedimiento	Tutela
Accionante	Nelly Astrid Hernández Osorio
Accionado / Vinculados	Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad Libre de Colombia / Secretaría de Educación de Medellín
Decisión	Niega amparo constitucional

Se decide la acción de tutela presentada por la señora Nelly Astrid Hernández Osorio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y la Universidad Libre, además donde se ordenó vincular a la Secretaría de Educación de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Narró la accionante que, en el proceso de selección de Directivos Docentes y Docentes Población Mayoritaria 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, de conformidad a la Nota del numeral 2.4 del Anexo por el cual se establecen las condiciones específicas de las diferentes etapas del proceso de selección, Unilibre debió publicar en la Guía de Orientación al Aspirante (GOA) de manera detallada la forma de calificación de las pruebas escritas.

Así, en agosto de 2022, autorizada por la CNSC, el referido ente de educación publicó en la página 34 de la GOA la forma de calificación de las pruebas escritas, no utilizó palabra alguna, no presentó simbología matemática o estadística para una ecuación o fórmula concreta, no publicó un ejemplo,

simplemente fue nombrada la puntuación directa ajustada pero no fue detallada.

Señala que 5 meses después de la publicación de la GOA, Unilibre comunica privadamente los detalles de la puntuación directa ajustada cuando le da una respuesta a su reclamación, aplica la calificación con ajuste proporcional a su prueba eliminatoria y le informa que contra los detalles de calificación no procede recurso.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que: se tutele su derecho fundamental al debido proceso; se declare la nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria denominada "método con ajuste proporcional"; se ordene a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria (Archivo Nro. 003 expediente digital).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El presente trámite fue admitido por auto del 20 de febrero de 2023, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre de Colombia, además se dispuso la vinculación de la Secretaría de Educación de Medellín, entidades a las que se les corrió traslado de la tutela mediante correo electrónico remitido en esta fecha, concediéndole el término de dos (02) días para que se pronunciaran al respecto (Archivos Nro. 005 y 006).

2. Dentro del término del traslado, los entes perseguidos se manifestaron de la siguiente manera:

2.1. La Secretaría de Educación de Medellín (Archivo Nro. 009) solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa, aludiendo que no tienen

como función diseñar, organizar, expedir acuerdos u organizar concursos de méritos, y que dicha obligación recae frente a las aquí accionadas.

2.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil señaló que, en todo proceso de selección por concurso de méritos, la convocatoria es la regla a seguir para todos los aspirantes. En ese orden de ideas, regido por los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección, imparcialidad, confiabilidad y validez de los instrumentos, eficacia y eficiencia, fue expedido el Acuerdo No 2168 del 29 de octubre de 2021, "Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección para proveer los empleos en vacancia definitiva de Directivos Docentes y Docentes pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Docente, que prestan su servicio en instituciones educativas oficiales que atienden población mayoritaria de la entidad territorial certificada en educación MUNICIPIO DE MEDELLIN – Proceso de Selección No. 2211 de 2021 – Directivos Docentes y Docentes" en el que se establecieron las normas que rigen el concurso, como manual de funciones, requisitos y competencias.

Agrega que el documento "Guía de Orientación al aspirante para las Pruebas Escritas" publicado bajo el marco del proceso de selección N° 2150 a 2237 de 2021 y 2316 y 2406 de 2022 Docentes y Directivos Docentes (Población mayoritaria) Zonas Rural y No Rural establece en la sección ¿Cómo se Calificarán las Pruebas?, ubicado en la página 34, lo siguiente:

"*La calificación de estas pruebas se realizará por grupo de referencia (...)" y Para efectos de procesar las respuestas durante la calificación, se aplicarán procedimientos matemáticos y estadísticos utilizados en pruebas con características similares, como puntuación directa o puntuación directa ajustada*".

En ese sentido, desvirtuando la afirmación de la accionante tendiente a señalar que no le fue informado el método de clasificación y teniendo en cuenta que existe la posibilidad de esta entidad y el operador contratado para escoger el método de calificación, fue seleccionado el método de calificación por ajuste proporcional, pues se consideró que este era el que mejor se ajustaba a las condiciones del proceso de selección.

El método de calificación por ajuste proporcional 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.

Y en adelante, transcribe los diferentes escenarios de calificación para las pruebas eliminatorias que en la GOA, fueron mencionados. Aseverando finalmente que se dio total cumplimiento a lo estipulado en los documentos técnicos de la convocatoria que versan sobre la información requerida para la GOA, así como el deber contractual de la Universidad Libre como operador del Concurso, y que el método de calificación definido fue aplicado para todos los aspirantes de la Convocatoria, garantizando un tratamiento igualitario (Archivo Nro. 010).

III. CONSIDERACIONES

1. Carácter residual y procedencia excepcional de la acción de tutela (Subsidiariedad)

A la luz de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se tiene que la acción de tutela es un medio de carácter

eminentemente excepcionalísimo, residual o subsidiario que poseen los ciudadanos sin distinción alguna, para que de manera ágil y expedita, mediante un procedimiento breve y sumario, demanden ante el Juez Constitucional la protección de sus derechos fundamentales, siempre y cuando no dispongan de otro medio de defensa judicial, o aunque exista, se pueda presentar un perjuicio irremediable, exigencia que no desvirtúa su informalidad ni se convierte en un mero formalismo preconstituido, sino que es consustancial a su naturaleza.

Claro está que la trasgresión o amenaza al derecho fundamental tiene que ser actual o inminente, para poder dar la orden de cumplimiento inmediato que restablezca el derecho fundamental y/o detenga la amenaza. De ahí que la protección tutelar procede ante la ausencia de mecanismos legales, idóneos y eficaces para proteger los mencionados derechos y, por tanto, se torna improcedente cuando se cuente con otros medios alternos, sustitutos o paralelos, o cuando no se ejercieron oportunamente las acciones tendientes a la protección del derecho invocado, como ocurre con el ejercicio de los recursos con los que se cuenta para atacar las decisiones desviadas o erradas del juez, o de otros mecanismos dispuestos por el legislador para restablecer derechos como solicitud de nulidad, plantear objeciones, controvertir las pruebas, etc.

Así, en reiteradas decisiones, como la T-260 de 2018, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T-030 de 2015: "*que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo*

contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]".

2. Inmediatez

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia del amparo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos invocados.

En este sentido, en la Sentencia T-1028 de 2010 la Corte señaló que "*la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que "en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso*"

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de mérito.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia según el caso (según la ley: "el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias" al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

"*Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento.* (…) *Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que [,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico.* (…)"

En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplías; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:

"*(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo*."

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, con base en, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, por ser prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático.

4. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos.

Al respecto mediante sentencia SU 617 de 2013 la Honorable Corte Constitucional expuso que el principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125 superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte "*todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado*". Para tal efecto, el Legislador cuenta con la

autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales.

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es 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.

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(i) *Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.*

(ii) *A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.*

(iii) *Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la*

confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa

(iv) *Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.*

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen "ley para las partes" que intervienen en él."

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho, en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante

5. Del caso concreto

5.1. En el presente asunto, el problema jurídico en esta acción constitucional, radica en establecer si los entes accionados, vulneran el derecho fundamental al debido proceso, conforme a los hechos planteados y lo evidenciado en el trámite de tutela, y en consecuencia es dable declarar la nulidad de la metodología de calificación aplicada en la prueba eliminatoria denominada "método con ajuste proporcional", ordenar a las accionadas la aplicación de la metodología de

"puntuación directa" para emitir la calificación definitiva de su prueba eliminatoria.

5.2. Para resolver la problemática planteada, se torna pertinente, en primer lugar, analizar la procedencia de los requisitos de procedibilidad de toda acción de tutela, tales como inmediatez y subsidiariedad.

Frente a este aspecto, puede afirmarse que el primero de ellos se cumple en el entendido que únicamente se encuentra ligado al factor temporal y que por regla general se ha estipulado un término no superior de 6 meses entre el acto que el accionante considera vulnerador de sus garantías fundamentales y la interposición de la acción, por lo que es una condición que se encuentra cumplida si se tiene en cuenta que en enero de este año se le dio la respuesta a la Accionante, por la que se le resaltó el método de calificación aplicado, lo que la misma cataloga como el hecho vulnerador.

Ahora, aunque no se tenga cuestionamiento frente a la inmediatez para la formulación de la acción de tutela, no ocurre lo mismo frente a la subsidiariedad, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional ya citada, en asuntos relativos a concursos de méritos, los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable, pues no es el juez de tutela el que está llamado a fungir como juez del concurso.

5.3. En este punto y con relación a los hechos planteados, debe decirse que los fundamentos de la accionante están dirigidos a buscar la modificación en el método de calificación otorgada a su examen, por lo que de manera indirecta ataca los actos por medio de los cuales se fijaron las reglas para el desarrollo del concurso, mismas que no pueden ser modificadas en pro de un interés

particular por considerarse que su plena aplicación no satisface los intereses propios de la Actora.

Recuérdese que el juez de tutela no debe ejercer funciones de calificador de concurso, aun cuando quedó debidamente demostrado que la respuesta dada a la reclamación planteada fue clara, de fondo y pertinente, aunque no fuera satisfactoria para sus intereses, pero debe reconocerse que esta agotó al menos esta fase de reclamación.

Así, con base en las consideraciones previamente referenciadas, se puede afirmar sin duda alguna, que no es por sede de tutela donde se deben de perseguir las peticiones aquí desplegadas, pues si bien se ha sostenido que por regla general esta acción no procede para controvertir la validez y legalidad de actos administrativos, como el que por aquí se ataca, es claro que cuando un ciudadano acude a la administración de justicia por este mecanismo y con la pretensión aquí desplegada, es porque ya ha agotado los medios ordinarios de control ante la jurisdicción, que en este caso se limita a la contencioso administrativa, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tal y como lo regulan los artículos 137 y 138 del CPACA al consagrar: "*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (...)* e, *Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación*", respectivamente, donde acto administrativo ha sido definido como *la manifestación de la voluntad de*

la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos.

Ahora, y en caso excepcional, deberá el reclamante, acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que el medio de control carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna del derecho vulnerado, por lo que al adentrarnos al caso concreto, se tiene, en primer lugar que la Actora en su escrito tutelar no pretendió ni siquiera argumentar y demostrar este punto, pues no puede pretender la aplicación del método de calificación a su arbitrio y antojo, como la configuración de la ocurrencia de aquel, mucho menos cuando la CNSC, fue bastante clara en su contestación, al dejar sentado el método de calificación y valoración de preguntas y respuestas por expertos, y que sencillamente llevó a no lograr el puntaje requerido para que la señora Nelly Astrid ascendiera a la siguiente fase del concurso, lo que conlleva a que en el presente caso, la juez de tutela determine:

(i) que no se demostró perjuicio inminente, que amenace o esté por suceder y que deba de ser protegido por medio de esta acción (ii) que se requiera de medidas urgentes para conjurarlo, que implican la precisión y urgencia de las acciones en respuesta a la inminencia del perjuicio; por lo que no puede pretenderse entonces, vaciar de competencia la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa en busca de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito sobre los procedimientos ordinarios. Aun, cuando en gracia de discusión, debe decirse que, se constató que este evento no se trata de un caso en el que hubiese sido necesario conjurar un perjuicio irremediable, dado que los hechos que sustentaron la solicitud de amparo no daban cuenta de una afectación cierta, altamente probable e inminente a los derechos fundamentales alegados por el tutelante.

Al continuar con la línea planteada, iii) el actor tampoco pretendió demostrar que el medio de control al que debió acudir en primera instancia, carece de

idoneidad o eficacia, sin que hubiese podido argumentar una demora en los procesos administrativos, pues existe la opción desde la presentación de la demanda, de solicitar medida cautelar con el fin de pretender la suspensión provisional del acto.

Al respecto, el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo, establece la tipología de las medidas cautelares, y prescribe que ellas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir ordenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.

Sin dejar de recordar que *la suspensión provisional procede por la violación de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja o brote del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. En ese contexto, si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios, será necesario probar de forma sumaria que ellos existen (primer párrafo del artículo 231).*

Adicionalmente, habida cuenta que la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva del Juez Constitucional, podía la demandante solicitar al juez de lo contencioso administrativo el

restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o la suspensión provisional de la convocatoria, e incluso, podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial.

Por lo que aun así, y cuando esto no fue demostrado, dentro del expediente tampoco se encontró, siquiera, algún medio de prueba que permitiese establecer que la Accionante, presuntamente afectada, se encuentra en una situación de vulnerabilidad, que haga indispensable la protección de sus derechos fundamentales mediante el presente mecanismo constitucional, no demostró alguna situación particular de tipo económico, personal o legal que ameritara una especial protección y que deviniera en un perjuicio con las características de urgencia, gravedad, inminencia e impostergabilidad, que en gracia de discusión, debe recordarse que se torna un pretensión improcedente para ser invocada en sede de tutela, ni esta judicatura avizora circunstancias similares en el *sub judice*, argumento adicional entonces para predicar la procedencia del amparo deprecado, pues de lo contrario sería desconocer situaciones como: la autonomía de los entes calificadores solo por situaciones particulares, aun cuando de manera previa al concurso, las condiciones, exigencias y maneras fueron definidas y publicadas, por lo que no es posible permitir que por este medio transitorio, se acuda con el fin de evitar los mecanismos idóneos ante juez natural.

Es preciso advertir, que en virtud de los artículos 125 y 130 Superior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, es la entidad competente para llevar a cabo el sistema de selección objetivo, quien tal y como lo indicó en su respuesta, previo a citar las pruebas, las preguntas contentivas de las pruebas básicas y de conocimiento, tienen que pasar unos filtros, realizados por un grupo de

personas idóneas, quienes evalúan la pertinencia de las mismas respecto al cargo que aspira cada concursante, potísima razón, para considerar que no puede la pretensora de esta acción de manera subjetiva sin prueba alguna, a parte de su propio dicho, indicar la forma de calificación.

De igual manera, y frente a la garantía del derecho al trabajo en asuntos como el que nos ocupa, debe recordarse que este se circunscribe en principio a que el Estado garantice la libre escogencia de empleos en condiciones dignas y justas, no al hecho obligatorio de otorgar una calificación positiva a los participantes en un concurso de méritos por el simple hecho de haberse postulado al mismo, pues recuérdese que el derecho al trabajo en las situaciones de acceso a cargos públicos, se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, y esto ocurre cuando el oferente tiene el puntaje exigido, pues es claro que el derecho a la carrera administrativa no ha nacido quedando solo al margen de unas expectativas legítimas supeditadas a superar todas las etapas de clasificación dentro de la convocatoria.

Es por ello que no puede derivarse de los hechos planteados, alguna vulneración de derecho fundamental, pues ello devendría en una transgresión al derecho de igualdad y debido proceso de los demás concursantes, pues modificaría las reglas del concurso y la normatividad aplicable al caso, lo que a todas luces es inconstitucional, y se encuentra prohibido de manera palmaria de antaño, específicamente, referida en Sentencia SU-913 de 2009 al referir *Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen "ley para las partes" que intervienen en él.*"

Se considera que no es de recibo acoger favorablemente los argumentos del actor, dado que de ser así, en todo concurso de mérito, los aspirantes que no aprobaron las pruebas, mediante la acción de tutela, podrían solicitar la repetición de la misma, hasta que aprueben el respectivo examen, pasando por

alto, que la Comisión para la realización del concurso contrata con cierta institución, para efectos de que precisamente haya objetividad y las preguntas sean realizadas y estudiadas por personas preparadas e idóneas, facultades de las que evidentemente carece la autoridad judicial.

Así, se denegará el amparo peticionado y se ordenará publicar esta decisión en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil universidad para conocimiento de todos los participantes de la convocatoria.

IV. CONCLUSIÓN:

En orden a lo dicho, se declarará la improcedencia de la acción de tutela, pues, se reitera, esta no puede suplir de forma alguna, los medios ordinarios legalmente establecidos por el legislador para la defensa de los derechos de los ciudadanos, y es por todo lo anterior que se desestimarán las pretensiones por resultar improcedente la tutela por no cumplirse el requisito de subsidiariedad, aunque igualmente no se evidencie vulneración de algún derecho fundamental, debe enfatizarse, tal y como se indicó en precedencia, que también cuenta con un mecanismo judicial ordinario, además de medidas cautelares para cuestionar sus inconformidades, y no interponer la acción de tutela, sin tener en cuenta las herramientas legales que tenía para atacar dicho acto, y que incluso pudo haber promovido de manera simultánea con la acción de amparo.

V. DECISIÓN:

En razón de lo analizado, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE ENVIGADO (ANTIOQUIA), obrando en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

FALLA

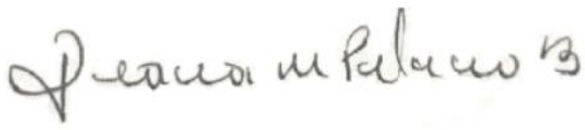
PRIMERO: Negar la tutela para amparar los derechos invocados por la señora Nelly Astrid Hernández Osorio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y la Universidad Libre.

SEGUNDO: Notificar este fallo a las partes por el medio más expedito, con la advertencia que contarán con el término de tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia para efectos de la impugnación, conforme lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, y con el fin de cumplir con la notificación de la presente providencia a los vinculados, que publique en su página web la suscrita providencia mediante un enlace que permita vislumbrarla de manera completa, de lo cual deberá allegar constancia al expediente en el término de un (1) día. Debe aclararse que al día siguiente de la publicación comenzará a correr el término con el que cuentan los vinculados para impugnar la decisión, si así lo consideran.

CUARTO: Remitir de manera digital, esta acción (pretensión) de tutela para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional, en caso de no ser impugnado el presente fallo. Cumplido lo anterior, archívense las diligencias.

NOTIFÍQUESE



DIANA MARCELA PALACIO BUSTAMANTE

Juez

17