DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

Referencia: Acción de tutela 2016-00349-00
Accionante: Efrén Edmundo Quiroz Cabrera.
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) – Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS)
Providencia: Sentencia
Fecha: Veintiséis (26) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016)

I. Objeto a decidir

En el término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, este Juzgado procede a emitir sentencia de mérito en la acción de tutela de la referencia.

II. Competencia

Este Juzgado es competente para tramitar en primera instancia la acción instaurada conforme lo dispone el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el artículo 86 constitucional.

III. Legitimación

Por activa:
Efrén Edmundo Quiroz Cabrera, identificado con C.C. No. 98.380.342 de Pasto (N), quien actúa a nombre propio.

Por pasiva:
-La Comisión Nacional Del Servicio Civil, quien actúa a través del asesor jurídico, el Dr. Víctor Hugo Gallego Cruz. Identificado con C.C. 75.063.942 de Manizales y T.P. No 149.403 del C.S.J.

-Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, actuando a través de la Dra. Lucy Edrey Acevedo Meneses, identificada con C.C 51.6
06.208 de Bogotá y T.P No 40.732 C.S.J en calidad de jefe de la oficina asesora jurídica.

IV. Antecedentes

1. Hechos y solicitud.

El accionante Efrén Edmundo Quiroz Cabrera, funcionario del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y ahora como participante en el concurso para proveer cargos de carrera en la misma entidad, Convocatoria 320 de 2014, presenta acción

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

de tutela solicitando amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mérito y a la carrera administrativa, y por ende se decrete la suspensión de dicho concurso implementado mediante el Acuerdo 524 de 2014, de manera transitoria hasta que se presente la demanda de nulidad ante la jurisdicción correspondiente.

Para fundamentar lo anterior, expone que la CNSC adelantó la convocatoria para la provisión de 994 cargos vacantes, distribuidos en 37 tipos de empleos, y que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa de su planta de personal global y conjuntamente con delegados del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Que para tal cometido la CNSC, profirió el Acuerdo No 524 del 13 de agosto de 2014, publicado el 27 de agosto de ese año, mediante el cual se convoca al concurso abierto, indicando en dicho pronunciamiento que se profiere conforme a las facultades constitucionales y legales, por lo que cita la ley 904 de 2004.

El actor refiere que el 31 de mayo de 2015 se practicaron las pruebas de conocimiento y funcionales en todo el país, que en el mes de septiembre siguiente se agotó la etapa de la entrevista, publicándose los resultados de la revisión de la hoja de vida en mayo del año en curso para finalmente en el mes de agosto, publicar la lista de elegibles, consolidándose el derecho de quienes ganaron el concurso.

Sin embargo aduce que la publicación de dichas listas se constituye en una generación de un perjuicio irremediable para personas que estan en su situación, en razón a que su declaratoria de insubsistencia, es decir su pérdida de trabajo, se haría con fundamento en el resultado de un concurso que considera, sin el lleno de los requisitos legales, en consecuencia no ajustado a Derecho porque se soporta en un acto administrativo nulo.

2. Tramite impartido

Admitida la demanda, se corrió traslado a las accionadas para que ejerzan su defensa y aporte pruebas.

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

3. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. (DPS)

Brindó respuesta a través de la jefe de su oficina de asesoría jurídica, trayendo a colación que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda- Subsección A, Magistrada Carmen Rengifo, está conociendo de los mismos hechos dentro de la acción de tutela con radicado No 2016-02701 de 7 junio de 2016, presentada por Jorge Zuluaga contra la CNSC y Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, a la cual se estan acumulando varias acciones constitucionales de la misma índole.

Por lo anterior y existiendo identidad de hechos, solicita que se envié la presenta acción de tutela a ese despacho para que se acumule, toda vez que se trata de acciones constitucionales presentadas en forma masiva.

Enuncia diferentes fallos que se han presentado en diferentes ciudades en base con las mismas pretensiones expuestas en este trámite, todos declarados improcedentes. Así, concluye solicitando que se declare la improcedencia de la acción de tutela invocada por el accionante.

4. Comisión Nacional Del Servicio Civil (CNSC)

La entidad sostiene la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no es el medio de defensa idóneo ya que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo establece que los medios de control de los actos administrativos, entre ellos la acción de nulidad.

Aduce que la entidad, haciendo uso de las facultades legales y constitucionales procedió a adelantar el concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos del sistema general de carrera administrativa de dicha entidad, el acuerdo en mención está amparado bajo el principio de legalidad.

Reseña que una vez publicado el acto por el cual se da apertura al concurso de méritos por las páginas web de las entidades, se realizaron las pruebas de conocimiento en las cuales participó el ahora accionante, obteniendo un puntaje de 60.18, por lo que fue excluido del concurso por cuanto el mínimo es de 65 puntos.

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

Que siguiendo con la agenda de la convocatoria, el día 26 de junio del presente año se publicaron los resultados consolidados y desde el 22 de agosto pasado se inició a publicar una lista de 33 elegibles y el 30 de agosto pasado, otra lista de 30 de elegibles.

Hace conocer que el accionante ya ha interpuesto una acción de tutela contra el mismo concurso, cuando era aspirante al mismo y resuelta por la Corte Suprema de Justicia- sala laboral, una acción popular alegando los mismos hechos que hoy son debatidos, resuelta por el Tribunal Administrativo de Nariño, Magistrado Ponente Paulo España, por lo que considera que el actor ahora está faltando a la verdad e incurriendo en temeridad y mala fe.

Considera que queda claro que la CNSC, ostenta facultades constitucionales, legales y reglamentarias para expedir el acuerdo de la convocatoria y así cumplir con el concurso de méritos.

5. Personas vinculadas que coadyuvan las pretensiones del accionante.

Funcionarios del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social vinculados como terceros interesados en los resultados de la presente acción, acudieron al trámite y con idénticas razones expuestas por el accionante, consideran que el concurso promovido por la accionada afectado sus derechos al trabajo, principio de legalidad y debido proceso, por lo que solicitan la nulidad del Acuerdo 524 de 2014, como mecanismo transitorio, al considerar que la acción de nulidad no es un mecanismo eficaz para la protección de sus derechos.

6. Personas vinculadas que se oponen a la prosperidad de la acción de tutela.

En sus respuestas sostienen que no se está vulnerando ninguno de los derechos invocados por el accionante debido a que la convocatoria para el concurso de méritos se realizó con el lleno de los requisitos legales. Por otro lado descartan que la acción de tutela sea el mecanismo idóneo para solicitar la nulidad de la convocatoria razón por la cual solicitan se declare la improcedencia de la presente acción de tutela por ser inoportuna e ilegal, teniendo en cuenta que acceder a las pretensiones del accionante constituiría en una flagrante violación a los derechos de las

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

personas que superaron todas las pruebas del concurso y que se encuentran a la espera de acceder por mérito, al cargo por el cual concursaron.

V. Consideraciones

5.1. Competencia

Este Despacho Judicial es el competente para conocer y fallar la acción de tutela que nos ocupa por el lugar de la ocurrencia de los hechos y por el factor de la competencia a prevención de que trata el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejecutarse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual debe aceptarse su procedencia y amparar los derechos fundamentales amenazados si hay lugar a ello.

Aspectos preliminares

Sobre la procedencia de la acción de tutela la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha dicho:

"1.1. Según el texto de la Constitución, la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial" (CP art. 86). Si efectivamente dispone de otros medios de defensa, entonces la tutela procede cuando "se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". La Constitución no dice entonces que cuando se disponga de otras acciones judiciales la tutela proceda sólo cuando el afectado haya instaurado efectivamente otros medios de defensa. Por lo mismo, para definir la procedencia de una acción de tutela es irrelevante establecer si el demandante ha instaurado o no otras acciones antes de la tutela. Lo relevante, a la luz del texto constitucional, es determinar si el afectado dispone de otro medio de defensa judicial.

"1.2. Ahora bien, ¿cómo determinar si la persona en efecto dispone de otro medio de defensa judicial? Para definir ese punto no basta con

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

revisar en abstracto el ordenamiento jurídico. Es necesario además examinar cuál es la eficacia que, en concreto, tiene dicho instrumento de protección.[3] Con todo, ¿es el tutelante quien tiene la carga de probar la ineficacia de otro medio de defensa? La Sala Plena de esta Corte ha sostenido que "[...] En cada caso el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone".[4] Y reitera también que para determinar si un medio de defensa judicial es eficaz o no, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado dos pautas generales: primero, debe verificarse si los otros medios de defensa proveen un remedio integral, y segundo si lo hacen pero no son expeditos para evitar un perjuicio irremediable.[5]

"1.3. Aparte de lo anterior, cuando la Constitución establece que la tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial", simplemente fija una regla general. Pero luego agrega una excepción: "salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (CP art. 86). Con lo cual, si el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, puede interponer la tutela para la defensa de sus derechos siempre y cuando la utilice para evitar un perjuicio irremediable. Este perjuicio irremediable, como lo ha sostenido la Corte Constitucional desde sus inicios, debe ser inminente o actual, y además ha de ser grave, y requerir medidas urgentes e impostergables.[6] La Corporación ha desarrollado todas estas notas del perjuicio irremediable en su jurisprudencia. En uno de sus fallos las resumió de la siguiente manera:

"[...] En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable".[7]

Solución del caso concreto:

En el presente caso no se discute que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Comisión Nacional del Servicio Civil, suscribieron convenio para adelantar la convocatoria para el concurso abierto de méritos con el fin de proveer las vacantes definitivas de los empleos del sistema general

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

de carrera administrativa, y que en consecuencia mediante el Acuerdo No. 524 de 13 de agosto 2014. se ordenó la correspondiente convocatoria, en la cual ahora se sabe, el accionante participó.

Igualmente se verifica que siguiendo el cronograma de actividades de la convocatoria, se expidió la Resolución No. 320 de 27 de agosto de 2014, publicada en páginas web tanto del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Comisión Nacional del Servicio Civil y el 31 de mayo de 2015 se practicaron las pruebas de conocimiento, en el que, según respuesta de CNSC, el accionante obtuvo un puntaje de 60.18, es decir no supero el puntaje mínimo suficiente. Luego se conoce que en septiembre del mismo año se practicaron las entrevistas, el 26 de julio de 2016 se publicaron los resultados consolidados y desde el 22 de agosto de esta anualidad se están publicando las primeras listas de elegibles.

Y es precisamente esa publicación de las listas, lo que supone que los elegibles empezaran a optar por los cargos, es la actuación administrativa que considera el accionante, se convierte en la causante de un perjuicio irremediable por cuanto implicaría su salida del cargo mediante una declaratoria de insubsistencia. Solo entonces acude a esta acción constitucional para que se deje sin efectos todas las actuaciones surtidas al interior de dicha convocatoria, porque considera que existen varias falencias, incluso desde la publicación de la misma y durante todo su desarrollo, con identidad suficiente para vulnerar los derechos fundamentales al debido proceso entre otros principios constitucionales.

Entrando al análisis del caso en concreto encuentra esta instancia que en el caso bajo estudio lejos está de cumplirse con uno de los requisitos de procedencia de la acción constitucional, que hace relación al principio de inmediatez, en tanto si las irregularidades que se dice se dieron al interior de la convocatoria se dieron desde su inicio, es decir para agosto del año 2014, no existe razón alguna, o al menos no se ha alegado y probado, que explique que el actor no haya acudido a las instancias judiciales y/o constitucionales a alegar lo que ahora, en forma tardía lo está haciendo. Y es que debe precisarse que el señor Quiroz Cabrera conoció desde un inicio las reglas del concurso, entre otras las referidas a la

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

calificación o evaluación del concurso de méritos, los términos y agenda.

Pero además de lo anterior, este Despacho compartiendo la posición de las entidades accionadas y de las personas que hacen parte de la lista de elegibles y quienes estan aspirando a acceder a los cargos, considera que la acción de tutela es improcedente, toda vez que existen acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre ellas la de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, adoptadas por el legislador precisamente para atacar la legalidad de los actos administrativos, entre ellos las decisiones tomadas durante todo el trayecto que comporta un concurso, desde los convenios que se consolidan entre entidades hasta los resultados finales, pasando por la convocatoria, las diferentes pruebas y las decisiones que incluyen o excluyen a los participantes. Acciones que promueven un trámite con todas las etapas procesales que permiten no solo a las partes en conflicto desplegar todas las gestiones direccionadas a ejercer el derecho de defensa sino a llevar a cabo la práctica de pruebas que servirán de base para que el juez natural, es decir un Juez administrativo, tome la decisión que en derecho corresponda, etapas que no pueden agotarse en un término de diez (10) días previsto para esta acción constitucional.

Proceso administrativo que se justifica aún más, si en cuenta se tiene que en medio de este litigio podría haber, y de hecho hay terceras personas que eventualmente se verían beneficiadas o perjudicadas de las resultas del proceso y que por ende tendrían derecho de postulación y de participación, mecanismo que difícilmente se puede ofrecer en el breve tiempo de la acción de tutela.

Será dicho Juez quien defina si existieron las irregularidades denunciadas por el actor al interior del proceso de convocatoria pública, que afectarían sus derechos de defensa y debido proceso, y en caso positivo, quien decidirá las medidas para restablecer dicha afectación, entre las que se cuenta precisamente la nulidad total o parcial del procedimiento.

Ahora bien, resulta cierto que los procesos contencioso administrativos, precisamente por el agotamiento de todas las etapas previstas en la ley tendientes a garantizar el derecho de

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

defensa pueden resultar demoradas, o al menos no tan expeditas como se quisiera. Sin embargo y precisamente para casos en los cuales resulta urgente la protección, la ley procesal administrativa (Ley 1437 de 2011) contempla en su artículo 229 la procedencia de medidas precautelativas en los procesos declarativos adoptadas incluso antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier momento y en el término de 10 días después de solicitadas, para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, según la norma. El art. 230 siguiente contempla las modalidades, es decir preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siempre y cuando las mismas tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Y su numeral 3 establece la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Por ultimo su art. 234 establece las posibilidad de adoptar medidas cautelares de urgencia, cuando el juez una vez verifique el cumplimiento de los requisitos para su adopción, advierta que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Así, si se habla de la urgencia de suspender los efectos de los actos al interior de la convocatoria y evitar el nombramiento del funcionario que ganó el concurso y que desplazaría al señor Quiroz Cabrera de su cargo, la vía ordinaria resultaría rápida y eficaz, en tanto el Juez natural una vez evalué los términos de la demanda, podrá suspender los efectos del concurso hasta tanto se tome la decisión definitiva.

Por otro lado, si bien el accionante alega que existe un supuesto perjuicio irremediable, si en cuenta se tiene que las listas de elegibles ya están siendo publicadas, podría considerarse que el daño, en caso de que se considere real y cierto, estaría consolidado, siendo entonces lo procedente activar la demanda respectiva en busca de la correspondiente indemnización, que no es la acción de tutela, misma que dada su naturaleza, no puede ser utilizada para eventos ya sucedidos y frente a daños consumados.

Ahora bien, existiendo mecanismos ordinarios para atacar el proceso de convocatoria, lo que torna improcedente la tutela, debe verificarse si la misma procede como mecanismo transitorio.

Y con ese cometido, habrá de decir que, en todo proceso de selección o de méritos, los aspirantes si bien tienen derecho a concursar, teniendo como lineamientos los términos de la convocatoria, no tienen derechos adquiridos frente al objeto de la

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

misma, en tanto lograr el nombramiento una vez conformada la lista de elegibles, es apenas una expectativa. El derecho al nombramiento, solo podrá ser exigible cuando se ocupe el primer lugar y sea seleccionado para ocupar el correspondiente cargo. De ahí que se descarta que, se haya ocasionado un perjuicio irremediable al accionante, porque el mismo se genera frente a un derecho fundamental connatural al hombre (ejemplo vida o dignidad) o legalmente adquirido, y no a una mera esperanza de ganar la convocatoria. Y precisamente por no existir un derecho adquirido en relación con el cargo aspirado, no puede hablarse de una afectación a sus derechos fundamentales.

Además de todo lo anterior, este Despacho no desconoce que quedar sin trabajo es una situación negativa que trae consigo muchas dificultades a nivel personal, familiar y social, para el caso no puede considerarse que tal situación se deba a una acción u omisión adjudicada a alguna de las entidades direccionadas en contra del accionante y con el designio de afectar sus derechos fundamentales, sino a la misma conducta del afectado, quien no superó las pruebas y ahora tendrá que asumir las consecuencias.

Por las razones expuestas el Despacho compartiendo íntegramente la posición de la primera instancia confirmar el fallo apelado.

Decisión

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

Resuelve:

Primero: Declarar improcedente la acción de tutela presentada por el señor Efrén Edmundo Quiroz Cabrera, por las razones expuestas.

Segundo: Notificar esta decisión a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

Tercero: Contra esta providencia procede el recurso de impugnación ante el inmediato superior, recurso que deberá

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

presentarse en el término de tres (3) días siguientes a su notificación.

Cuarto: En el evento de que no fuere impugnada esta sentencia, se remitirá a la Corte Constitucional para su revisión.

Notifíquese y cúmplase

Constanza Muñoz Santander
Juez