



Acción de tutela No. 2019 - 00011

**JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO
Túquerres, primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019).**

Se decide la acción de tutela interpuesta por la señora THANIA LORENA ORTEGA PORTILLA, identificada con C.C. 1.085.302.632, domiciliada en el municipio de Túquerres (N), frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, y en la que vinculara al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, la UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN y como terceros con interés legítimo a los aspirantes inscritos a la Convocatoria No. 335-2016 INPEC Dragoneantes, tutela impetrada como mecanismo transitorio de protección a los derechos fundamentales que considera vulnerados con ocasión de su exclusión del concurso concerniente a dicha convocatoria.

I. ANTECEDENTES:

1º. La petición de tutela.

La tutelante reclama amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos públicos por el mérito y a la igualdad ante la justicia, que considera vulnerados por la entidad accionada al excluirla de la Convocatoria 335 de 2016 que reglamentara con el Acuerdo 563 del mismo año, relacionados con el concurso de méritos dispuesto para proveer cargos de dragoneante en el INPEC, aduciendo que dicho Acuerdo contraviene principios legales y constitucionales, particularmente los contenidos en los artículos 29 y 125 de la Constitución (debido proceso y principio del mérito para acceder a cargos públicos).

Considera injustificada su exclusión puesto que en principio se le imputaba inhabilidad de medicina ocupacional y optometría, habiendo reclamado por la inexistencia de ésta última demostrándolo con examen técnico practicado por la misma entidad contratada en la convocatoria, respondiendo la CNSC que la inhabilidad alude a cicatrices en los brazos, cuya carencia ha pretendido acreditar hasta con álbum fotográfico sin haber sido atendida, manteniendo la entidad su decisión definitiva, sin posibilidad de impugnación.

Indica haber agotado reclamación administrativa solicitando la inaplicación de las reglas que considera ilegales e inconstitucionales, siendo también abundantes los casos de aspirantes en su misma situación que fueran reintegrados por fallos de tutela en instancia.

Informa que ha presentado ante el Consejo de Estado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, habiendo pedido en ella como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo atacado.

Sostiene que son nuevos los hechos en que se sustenta la tutela ahora impetrada como mecanismo transitorio, al existir una grave amenaza de perjuicio irremediable y una decisión de suspensión provisional puede resultar inocua debido a la expedición de la ley 1896 de 2018, que reformará, liquidará o fusionará el INPEC, terminando las vacantes existentes.

Agrega que se debe tener en cuenta que la convocatoria 800 de 2018 para proveer similares cargos, ahora reglamenta el proceso de valoración médica como debería ser, es decir, con la posibilidad de rectificarse el examen médico cuando

el aspirante exponga que carece de inhabilidad, situación que por igualdad debe aplicarse a su caso.

Y si bien en el escrito de tutela no se precisa lo que se pretende, al rendir declaración la accionante pide ordenarse a la entidad accionada revisar su caso para poder acceder a la convocatoria 335 de 2016, aduciendo que no son ciertas las inhabilidades físicas encontradas.

6°. Respuesta de las entidades demandadas.

6.1°. El INPEC, como entidad vinculada al trámite tutelar, aduce que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, puesto que la entidad contratada para el manejo del concurso es la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que no se estructura en este caso la legitimación en la causa por pasiva.

Igualmente, señaló que la tutela es procedente solo ante la ausencia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración a derechos fundamentales lo que no ocurre en el presente caso, amén de que no procede contra actos administrativos, toda vez que la jurisdicción contenciosa administrativa cuenta con medios idóneos de protección a esos derechos; resaltando también la inobservancia del principio de inmediatez dado que la convocatoria fue adelantada en el año 2016, es decir que ya han transcurrido más de dos años del proceso de selección del que fuera excluida la demandante.

6.2°. La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, refiere que la tutela es improcedente dado el carácter subsidiario y excepcional que la caracteriza, existiendo para controvertir el acto administrativo reglamentario de la convocatoria al concurso el medio de defensa judicial idóneo, que lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, indicando además que la Convocatoria 335 de 2016 y el Acuerdo 563 de 2016, son actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto contra los que no procede la tutela, de conformidad con el numeral 5° artículo 6° del decreto 2591 de 1991.

Señala también que no existe un perjuicio irremediable real, puesto que no se ha materializado vulneración de derechos a la aspirante en el proceso de selección, toda vez que se ha cumplido a cabalidad las reglas que definen la Convocatoria 335 de 2016, las que aceptara la tutelante al inscribirse al concurso.

Considera asimismo la improcedencia de la tutela, al echar de menos el principio de inmediatez, al presentarse fuera del término de cuatro meses para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento de derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en el entendido que dejar pasar el término para la acción ordinaria y presentar luego la tutela, implica revivir términos vencidos, desnaturalizando el propósito protector de esta última.

Informa igualmente que la accionante presentó reclamación frente al resultado de valoración médica el día 9 de noviembre de 2016, la que resolviera la Universidad Manuela Beltrán, confirmando el resultado de no apto, encontrándose en firme la decisión y configurándose la causal de exclusión del proceso de selección, habiendo luego interpuesto acción de tutela por los mismos hechos y con el mismo

objeto del presente asunto frente a la CNSC, la que fuera declarada improcedente por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, el 30 de abril de 2018, decisión confirmada en segunda instancia, el 19 de junio del mismo año.

6.3º. La Universidad Manuela Beltrán, ni los terceros con interés legítimo, es decir, los aspirantes inscritos a la Convocatoria No. 335 INPEC Dragoneantes, entidad y personas vinculadas al trámite de tutela mediante auto de fecha 18 de febrero 2019, enterados de la misma por correo electrónico (fs. 52 - 53), los últimos mediante publicación en página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil (fs.83), no se pronunciaron sobre la tutela.

7º. Acervo probatorio.

Se cuenta con los siguientes medios de prueba:

- a). Repuesta a la reclamación administrativa realizada por la CNSC (fs.6 - 16).
- b). Examen de optometría realizado a la accionante, por parte de Óptica Contacto Visión (f. 17).
- c). Historia clínica de evolución – dermatología (fs.18 - 19).
- d). Fotografías de los brazos de la tutelante (fs.20 - 21).
- e). Reclamación administrativa realizada mediante apoderado ante la CNSC (fs.22 - 23).
- f). Repuesta a la reclamación administrativa (fs. 24 - 28).
- g). Escrito de demanda de nulidad y restablecimiento de derecho con solicitud de suspensión provisional, formulada mediante apoderado por numerosas personas, entre ellas el tutelante, radicada ante el Consejo de Estado el 16 de mayo de 2018, pidiendo la nulidad de algunos artículos del Acuerdo 563 de 14 de enero de 2016, que reglamentó el proceso de selección de la Convocatoria 335 de 2016, para proveer cargos de dragoneante del INPEC; nulidad enfocada también contra el acto de respuesta dada por la entidad accionada a la reclamación administrativa que los mismos demandantes presentaran, solicitando también condenarla a reintegrarlos a la mencionada convocatoria y permitirles continuar con las restantes pruebas dentro del proceso de selección, cuyos hechos, curiosamente, son idénticos a los que se indican como sustento de la tutela (fs. 29 - 45).
- h). Ley 1896 de 30 de mayo de 2018 (fs.46 - 48).
- i). Fallo de segunda instancia en donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, confirma el fallo de tutela de 30 de abril de 2018 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, que declaro la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la señorita THANIA LORENA en contra de la CNSC, basada en hechos y objeto similares a la ahora incoada (fs.76 - 83).

Igualmente se recibió declaración a la demandante, dando a conocer los mismos hechos desglosados con anterioridad.

II. CONSIDERACIONES:

1°. La acción de tutela.

La tutela constituye instrumento legal, oportuno y eficaz de protección a los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que ellos sean vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas, o por los particulares, en éste último caso, cuando la ley así lo determine, protección que sin embargo, es de carácter subsidiario o residual, pues, no está llamada a suplir los procedimientos judiciales o administrativos aplicables al caso y solo opera ante la carencia de otro medio de defensa judicial que sea idóneo, o cuando pese a su existencia se evidencie la presencia de perjuicio con viso de irremediable, con el fin de conjurarle o contrarrestarle en forma temporal, hasta tanto la autoridad competente decida el fondo el asunto.

2°. El problema jurídico.

Según el contexto fáctico y jurídico que rodea el caso, corresponde a este juzgado examinar si la tutela es procedente para amparar los derechos fundamentales que la señora THANIA LORENA ORTEGA PORTILLA considera vulnerados por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, aduciendo que el Acuerdo 563 de 2016, reglamentario de la Convocatoria 335 del mismo año, correspondientes al concurso de méritos para proveer cargos de dragoneante del INPEC, contraviene principios legales y constitucionales, particularmente los contenidos en los artículos 29 y 125 de la Constitución (debido proceso y principio del mérito para acceder a cargos públicos).

4°. Tesis del juzgado.

El despacho, luego del examen de rigor, considera que la tutela resulta improcedente, por cuanto al presentarse se echa de menos los principios fundantes relacionados con la inmediatez y la subsidiaridad, amén de que la presunta vulneración a derechos deviene de la aplicación de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, como lo son la Convocatoria 335 de 2016 y el Acuerdo 563 de 2016, reglamentario de la primera.

Asimismo, por evidenciar en la demandante la posible temeridad al interponer la tutela, habida cuenta que por los mismos hechos y con idéntico objeto había propuesto otra con anterioridad, es necesario referirse a ese tema.

5°. La subsidiaridad.

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

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En la sentencia T-471 de 2017, la Corte, memorando lo expuesto en la T-1008 de 2012, señaló que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley, señalando adicionalmente que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

No obstante, las mismas preceptivas permiten algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que *“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”* (T-705 de 2012).

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, la Corte en la sentencia SU-961 de 1999 indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el juez puede conceder el amparo de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares del caso.

En el mismo sentido, la sentencia T-230 de 2013, señaló que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte, en la sentencia T-225 de 1993, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la sentencia T-808 de 2010, reiterada en la T-956 de 2014, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser *inminente*, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser *urgentes y precisas* ante la posibilidad de un daño *grave* evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser *impostergable* para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Aplicando al presente caso el precedente judicial antes desglosado, se tiene que la tutelante, según como de forma expresa se plantea en el escrito de tutela, cuestiona el acto administrativo que reglamenta la convocatoria al concurso por considerar que contraviene normas legales y constitucionales; sin embargo, se pasa por alto que para ese tipo de reclamaciones la ley contempla precisos mecanismos de defensa judicial, que vienen a ser las acciones de nulidad y/o restablecimiento de derechos ante la jurisdicción contencioso administrativa; sin tener en cuenta tampoco que los actos atacados, por su carácter general, impersonal y abstracto, en principio, tornan improcedente la tutela.

Y si bien menciona que el amparo se solicita de modo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la existencia del mismo no se avizora al punto que amerite la protección constitucional.

No se discute que la exclusión de la demandante del concurso de méritos convocado para cargos del INPEC, en su momento pudo afectar sus intereses personales y truncar en ese entonces sus expectativas laborales de modo temporal. Sin embargo, esa eventual afectación no constituye un perjuicio irremediable que la tutela pueda amparar, si se tiene en cuenta que es una persona joven con posibilidades de incursionar en cualquier actividad económica o acceder a otro tipo de trabajo, para el que no se exija las condiciones físicas cuyo incumplimiento, según lo definiera la entidad accionada, dio lugar a ser excluida del concurso relacionado con la Convocatoria 335 de 2016 para dragoneante del INPEC.

5°. La inmediatez.

Este principio se sustenta en el propio artículo 86 de la Constitución, al establecer que el objeto de la tutela es pedir ante los jueces *“la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

Siendo entonces la inmediatez un requisito de procedibilidad de la tutela, la misma debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Lo anterior, con la finalidad de evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como medio que premie la inoportunidad o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Pese a no existir un plazo específico para su ejercicio, vía jurisprudencial se ha determinado la necesidad de que sea presentada en un término razonable, para así permitir que el juez pueda tomar las medidas urgentes que demanda la protección del derecho fundamental vulnerado, término que debe ser apreciado en cada situación concreta, atendiendo su finalidad.¹

Tratándose de tutela contra actuaciones administrativas relacionadas con concurso de méritos, la jurisprudencia ha examinado el presupuesto de la inmediatez, concluyendo que la acción de amparo debe incoarse dentro del plazo que la ley contempla para el ejercicio de la acción de nulidad y/o restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa (4 meses), precisamente para salvaguardar los principios de subsidiaridad e inmediatez y evitar que la tutela se utilice como mecanismo alternativo de defensa o para revivir plazos dejados de utilizar por negligencia.

En el presente caso, tal como se advierte en el expediente y lo confirma la tutelante, por su desvinculación o exclusión del concurso ha interpuesto junto con otras personas demanda de nulidad y restablecimiento de derechos, por lo que esa dable concluir que al presentar la tutela se está ejercitando un mecanismo judicial paralelo y pasando por alto el principio de la subsidiaridad.

Y en torno al principio de la inmediatez, es evidente su incumplimiento pues la interposición de la tutela no se ha hecho dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, bajo el entendido que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En el presente caso, el requisito de inmediatez no se cumple toda vez que la exclusión a la accionante de la Convocatoria se dio en noviembre del año 2016 y el momento en el cual se interpone la acción de tutela es en febrero de 2019, habiendo transcurrido 2 años y 3 meses aproximadamente, lapso que se considera excesivo para reclamar el amparo, atendiendo además que el concurso al cual la demandante aspira su reintegro seguramente ha concluido en sus etapas y ya se ha designado en los cargos a quienes lo superaran.

¹ Ver entre otras las Sentencias T-802 y T-633 de 2004 M.P, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra T-728 de 2003, M.P, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, T-890 y T-1047 de 2006 M.P, Dr. Nilson Pinilla Pinilla, T-089 de 2008, MP, Dr. Mauricio González Cuervo.

En esas condiciones, la eventual prosperidad de la tutela, sin duda, vulneraría el derecho a la igualdad de otros aspirantes excluidos y dejaría en un limbo la seguridad jurídica del concurso de méritos.

Adicionalmente, se observa que la tardanza no obedece a razones justificadas, tampoco existe incapacidad o imposibilidad en la tutelante para interponerla de manera oportuna y menos han acaecido hechos nuevos, amén de no presentarse afectación a derechos fundamentales de forma continua y actual.

Y si bien, al interponer la tutela se expone que su fundamento son hechos nuevos y diferentes a los esbozados como sustento de otra resuelta con anterioridad, en primer grado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá (V) y, en segundo, por el Tribunal de Buga, relacionados aquellos con que los actos administrativos se atacan por ser contrarios a la ley y a la Constitución, lo cierto es que en ambas acciones se pretende discutir el resultado de las valoraciones médicas por salud ocupacional y optometría, el que diera lugar a su exclusión del concurso, amén de que con las dos se persigue idéntico fin: el reintegro de la demandante al concurso del que fuera excluida, por presentar o padecer deficiencias de orden físico.

Lo anterior, incluso permite avizorar una conducta temeraria en la tutelante según el artículo 38 del decreto 2591 de 1991, figura establecida para evitar afectarse la administración de justicia cuyo funcionamiento se ve perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, presenta la misma causa tutelar ante jueces de la República, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones.

En sentencia T-727 de 2011, se dijo que para que haya temeridad con una tutela es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto, explicando que existe (i) una identidad de causa, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen; (ii) una identidad de objeto, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental; y (iii) una identidad de partes, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.

En el presente caso, tales elementos concurren pues los hechos que ahora se esbozan se dirigen contra el resultado de la valoración clínica realizada a la tutelante dentro del proceso de convocatoria al concurso, aduciendo la inexistencia de deficiencias en salud ocupacional (cicatrices en los brazos) y en optometría; con ambas, aspira su reintegro al concurso de méritos; y las dos se dirigen contra la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Estando así las cosas, la tutela desde el comienzo estaba condenada a fracasar.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Túquerres, administrando justicia en nombre de la Nación Colombiana y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

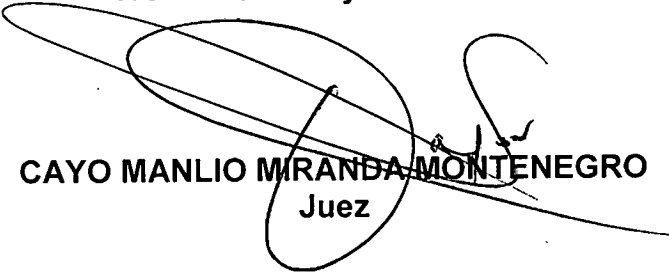
1°. NEGAR por improcedente la acción de tutela presentada por la señora THANIA LORENA ORTEGA PORTILLA, identificada con CC 1.085.302.632, frente a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

2°. NOTIFICAR la presente decisión a las partes y demás intervinientes. **OFÍCIESE**, insertando la parte resolutive de esta sentencia.

3°. SOLICITAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** **NOTIFICAR** del presente fallo como terceros con interés legítimo, a todos los aspirantes inscritos en la Convocatoria 335 de 2016 INPEC DRAGONEANTES, a través de la página web oficial www.cnsc.gov.co y/o el medio por el cual se hubiera comunicado a los particulares de la citada convocatoria, para que sea de su conocimiento el presente fallo. La Comisión allegará copia de la publicación de lo dispuesto en este auto.

4°. De no ser impugnado el presente fallo, envíese a la Corte Constitucional para su posible revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO
Juez

