

JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, mayo catorce (14) de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Acción de Tutela

Accionante: Francisco Guillermo Castro Salazar

Accionados: Universidad de Pamplona y Comisión Nacional del Servicio Civil

Vinculados: Terceros interesados y el Departamento de Antioquia.

Radicado: 2019-181

Sentencia: 91

Asunto: No se protegen derechos invocados.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela promovida por el señor Francisco Guillermo Castro Salazar, identificado con la C.C. 15.423.059, quien se ubica en el Centro Administrativo Departamental José María Córdoba-La Alpujarra, calle 42 B No. 52 - 106, piso2, consultorio médico SST, teléfono 3839477 y 3012194111 en contra de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, con el fin de que se tutele sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo y a la vida digna, garantizados por la Constitución Política. **Y este Despacho vinculó a los terceros interesados en la presente acción constitucional, así como al Departamento de Antioquia.**

ANTECEDENTES

La parte accionante planteó en el escrito de tutela, la siguiente narración fáctica y jurídica.

Afirma que es un hombre de 63,5 años de vida, médico de profesión, con especialización en salud ocupacional, y que labora en el Departamento de Antioquia desde septiembre de 1991.

Que se encuentra en encargo desde el 26 de noviembre de 2004, en el cargo para el cual participó en la convocatoria 429 de 2016.

Que el 4 de marzo de 2018 presentó el examen al que fue citado por la Comisión Nacional del Servicio Civil "*habiendo pasado en el primer puesto en la prueba de conocimientos generales; luego recibí una calificación de 61,7 la cual me dejó sin opción*".

Que solicitó revisión de las respuestas brindadas en el examen y que en la revisión de la prueba funcional se encuentra que las preguntas "*no hacen parte de las funciones que tiene el médico en salud ocupacional (...)*".

Que lo anterior viola el debido proceso, por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona debieron haber contado con un equipo interdisciplinario para la escogencia de las preguntas.

Que la Universidad de Pamplona al responder la solicitud de revisión de la prueba funcional planteada por la parte actora, le describió la metodología utilizada para calificar la prueba, y dentro de esa descripción le expuso que se eliminaron los ítems que no fueron abordados por ningún evaluado; y que la calificación directa se realizó en grupos inferiores a 50 personas *“dado que el comportamiento matemático del modelo de Rasch contempla el comportamiento de la población y se ve afectado en grupos muy pequeños (...). Y se eliminaron aquellas preguntas que no presentaron un comportamiento estadístico dentro de los parámetros esperados de conformidad con el manual técnico de las pruebas de la convocatoria. Por lo tanto, se eliminaron 3 preguntas correspondientes a los ítems 3,7,12 y la calificación se realizó sobre un total de 47 preguntas (...)”*

Que *“en este punto (...) debo afirmar que no dejé de contestar ninguna pregunta, y encuentro una gran falta a la verdad, ya que entre otras afirman que se eliminó la pregunta No. 3, pero como puede usted observar en el anexo (...) que se me envió, aceptan que yo refuté la calificación de la pregunta No. 3 y me indican cuál debió haber sido la respuesta, esto demuestra que no es cierto lo afirmado por ellos, cuando dicen que fue retirada por no haber sido abordada por los participantes (...)”*.

Que lo anterior viola su derecho al trabajo, toda vez que *“debo dejar mi cargo y quedar cesante, cuando me encuentro ad-portas de tener mi pensión de vejez, encontrándome solo a la espera del fallo del Tribunal (por cambio de régimen), para el cambio de fondo pensional”*.

Y que lo anterior afecta su derecho a la vida digna *“por cuanto al quedar cesante, quedo con deudas que se me hace difícil de cancelar y provocaría que me deba abstener hasta de lo más necesario para sobrevivir (...)”*.

Con fundamento en lo anterior solicita que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que actúe con independencia e imparcialidad, ya que le ha vulnerado el derecho al debido proceso a la parte actora, desde el inicio del proceso de selección *“429 de 2016”*, pues la CNSC *“debió haber tenido un correcto perfil del cargo ofertado”*. Y pide entonces que se ordene a ese organismo, que proceda a retirar las preguntas que no cumplen con el perfil del cargo en oferta.

También solicita que se ordene a la CNSC *“que revise de manera cierta las preguntas que se anularon por no haber sido abordadas por los participantes del concurso”*.

Peticiona que *“mientras se lleven a cabo dichas correcciones, se ordene a la CNSC, se abstenga de enviar lista de elegibles para el cargo de profesional especializado Grado 5 Código 222, al Departamento de Antioquia”*.

Finalmente solicita que se ordene que *“al corregir la prueba de competencias funcionales (...) (suprimir las preguntas que no cumplen con el perfil de médico de SST, e incluir aquellas que dice que no fueron abordadas por ningún participante, la 3, 7, 12) se les corrijan igualmente a todos los participantes, y así no quedar en desventaja con respecto a ellos, y aplicar la fórmula que fue expuesta para hallar el puntaje del concursante, colocando como denominador 50 y no 47 (...). Y pido se proteja mi derecho al trabajo y a la vida digna, pues por mi edad ya no será posible emplearme nuevamente, además para la época en que salió el concurso (2016) yo contaba con 60,5 años y esto debió haber sido tenido en cuenta al someter el cargo a oferta de la CNSC, pues me encontraba próximo a mi pensión de vejez, por lo que solicito se me proteja el derecho a una protección reforzada (...)”*.

VINCULACION DE TERCEROS:

Procede este Despacho a decidir de fondo la presente acción, para lo cual es menester en primer lugar, advertir que fueron vinculados todos los terceros interesados en la acción de tutela, tal como se desprende del auto admisorio de la demanda emitido por este Despacho el 07 de mayo de 2019 (fls. 17). Y obra a folio 115, la notificación a terceros interesados realizada por la CNSC. También obra en el plenario la notificación a terceros realizada por la Universidad de Pamplona.

Obran en el plenario, las respuestas brindadas por las accionadas y la prueba documental allegada por todos los sujetos procesales. Procede este Despacho a continuación, a decidir de fondo la presente acción.

CONSIDERACIONES

Al no observarse ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y teniendo plena competencia este Juzgado para desatar la Litis, se procede a continuación a decidir de fondo la presente acción constitucional, previo a lo cual se describirá y valorará el material probatorio e igualmente se describirán y a analizarán las respuestas brindadas por las accionadas. Veamos:

Problema jurídico:

Corresponde a este Despacho determinar, con apoyo en las pruebas obrantes en el proceso, si la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, vulneran los derechos fundamentales invocados por la parte accionante.

Es importante manifestar que respecto al carácter obligatorio y vinculante de las reglas de la convocatoria a un concurso público de méritos, el CONSEJO DE ESTADO en Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del expediente radicado No. 52001-23-33-000-2016-00718-01, siendo Magistrada Ponente la Doctora STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, expuso: ***“En resumidas cuentas, las reglas de los concursos de méritos son ley para las partes y, por ende, ni la administración ni los aspirantes las pueden desconocer ni modificar”***

En palabras de la Corte Constitucional, 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 sujeta 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.

En consecuencia, el acto administrativo por medio del cual se publicó el resultado final de las pruebas realizadas por el accionante señor FRANCISCO GUILLERMO CASTRO SALAZAR, se encuentra regido por las reglas previamente establecidas por la CNSC y la Universidad de Pamplona, que fueron conocidas con antelación a la inscripción del hoy tutelante, quien con su inscripción manifestó su consentimiento de obligarse a las mismas.

Es por ello que este Despacho, desde este momento anticipa que no se tutelarán los derechos invocados, debido a que, con las actuaciones de la Universidad de Pamplona y de la CNSC, no se violó el debido proceso, ni el derecho de igualdad, ni el derecho al trabajo, ni ningún otro derecho fundamental del concursante.

PRUEBAS APORTADAS POR LA PARTE ACTORA

- Obra a folios 3 y 4, la reclamación planteada por la parte actora ante la CNSC y la Universidad de Pamplona, frente al resultado de la convocatoria 429 de 2016 -Antioquia.

- Obra a folios 5 a 11, la respuesta brindada a la parte actora, por la CNSC, frente a la anterior reclamación.

- Obra a folios 12 a 14, el manual específico de funciones y de competencias laborales, para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 05, de la Gobernación de Antioquia.

- Obra a folios 15, copia de la cédula de ciudadanía del accionante, donde consta que nació el 24 de agosto de 1955.

RESPUESTA DE LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA Y DOCUMENTOS APORTADOS POR DICHO ENTE UNIVERSITARIO (fls. 28 a 40)

La entidad accionada Universidad de Pamplona, al brindar respuesta a la acción de tutela, a través del Líder de la Etapa de Reclamaciones de la Convocatoria 429 de 2016 "*de la Universidad de Pamplona, como ente operador del sistema concursal*" expone, entre otros aspectos, lo siguiente:

Que es cierto que el aspirante formuló reclamación frente a los resultados obtenidos en las pruebas de Competencias Funcionales de la Convocatoria 429 de 2016 –Antioquia, y que dicha entidad brindó respuesta a cada uno de los interrogantes planteados. (fls. 29)

Que se eliminaron tres (3) preguntas correspondientes a los ítems 3, 7, 12 del manual técnico de las pruebas de la convocatoria 429 de 2016, por lo que la calificación se realizó sobre un total de 47 preguntas (fls. 31 fte.).

Que "*realizado el análisis hecho a las preguntas de las pruebas funcionales y comportamentales de la convocatoria 429 de 2016-Antioquia se logró comprobar que la construcción y la fundamentación a cada una de las preguntas realizadas dentro de la prueba son acorde a la normatividad vigente de la convocatoria como también a una relación directa con los ejes temáticos empleados para cada una de ellas*" (fls. 35 vto).

Que "*se ratifica la puntuación obtenida por el aspirante FRANCISCO GUILLERMO CASTRO SALAZAR identificado con la C.C. No. 15423059 para las pruebas de Competencias Funcionales*" (fls. 36 fte.).

Por lo anterior, solicitó se denegara la presente acción de tutela invocada por el accionante, por cuanto la respuesta que le brindó la Universidad de Pamplona, se ajusta a la normatividad del proceso concursal. (fls. 39).

Dicho ente universitario aportó a folio 40, la constancia de notificación a terceros interesados, de la presente acción.

RESPUESTA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC- Y DOCUMENTOS APORTADOS POR LA CNSC (fls. 42 a 55)

El Asesor Jurídico de la CNSC, brindó respuesta a la presente acción de tutela, y manifestó que la presente acción constitucional carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues *“la inconformidad del accionante frente a la aplicación de pruebas de competencias básicas y funcionales contenida en los Acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, precisando que en últimas la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas en el citado Acuerdo, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos. Es más, aunque no es un requisito para evaluar la situación del caso concreto, resalta la CNSC que el accionante tiene a su disposición los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho (...) para controvertir su calificación en la etapa de pruebas de competencias básicas y competencias funcionales, que es lo que motiva esta acción (...)”*. (fls. 42).

También afirma la entidad que en este caso el accionante no demostró la inminencia, urgencia, y gravedad de la situación, por lo cual no demostró la existencia de un perjuicio irremediable *“en relación con controvertir la aplicación de pruebas de competencias básicas y funcionales, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la Ley”*.

Igualmente la CNSC, expuso que *“una vez consultados los resultados obtenidos en las Pruebas Funcionales y Comportamentales, el aspirante FRANCISCO GUILLERMO CASTRO SALAZAR NO APROBO LAS PRUEBAS FUNCIONALES, toda vez que obtuvo una calificación de 61.7 puntos”* (fls. 42 vto.)

Precisó la CNSC que el accionante interpuso reclamación contra los resultados de las pruebas comportamentales y funcionales, mediante radicados 132869263, 136650411, 132898895 *“en (sic) se le aclaró el porqué de cada una de las respuestas”*.

La CNSC también expone que las pruebas de competencias básicas y funcionales son de carácter eliminatorio *“de manera que el aspirante que no aprobara la prueba básica general o la prueba básica funcional con una “calificación aprobatoria igual o superior a 65 puntos” sería excluido de la convocatoria 429 de 2016-Antioquia”*.

De la misma forma, la CNSC señala que *“las pruebas de competencias funcionales fueron ensambladas, procesadas y calificadas para cada empleo convocado. Las pruebas de competencias comportamentales fueron ensambladas, procesadas y calificadas para cada nivel jerárquico (...). Para la convocatoria en comento se aplican los preceptos de la Teoría de Respuesta al ítem bajo el Modelo de Rasch, dado que permite analizar el comportamiento de la población que abordó las pruebas, incorporando la medida de habilidad de los sujetos*

evaluados. Por tal razón, todas las mediciones dependen del grupo que presentó cada una de las pruebas aplicadas para la convocatoria (...)”.

Continuó manifestando el Asesor Jurídico de la CNSC, en la respuesta a la presente acción de tutela que:

“En cuanto a los ítems cuestionados por el aspirante, la Universidad de Pamplona procede a dar respuesta a lo solicitado y se encargó de detallar la explicación de cada una de las respuestas a los ítems referidos en su reclamación, como fueron las siguientes: Competencias Funcionales 2, 3, 11, 13, 16, 17, 21, 24, 26, 38 y 45”

“La logística dispuesta por el operador del proceso concursal, establece tanto los sitios, como la hora de aplicación, previa una investigación de disponibilidad de los lugares y de conveniencia a los aspirantes en lo referente al horario, ya que la mayoría de los mismos y teniendo el día destinado para el proceso era un día laboral, la mayoría no podrá (sic) asistir, razón de peso para contradecir lo expuesto en su reclamación”

“Respecto a la pregunta (2), le manifestamos que la opción C es la clave correcta, porque el literal d del numeral 1 del Artículo 11, Servicios de Promoción y Prevención, de la Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional, describe: Capacitación básica para el montaje de la brigada de emergencias, primeros auxilios y sistema de calidad en salud ocupacional”

“B: La opción B no es correcta porque corresponde al literal d del numeral 2 del Artículo 11, Servicios de Promoción y Prevención, de la Ley 1562 de 2012”

“Respecto a la pregunta (3), le manifestamos que la opción A es la clave correcta porque el Artículo 6º Funciones del Comité de Convivencia Laboral, de la resolución 652 de 2012, Por la cual se establece la conformación y funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral en entidades públicas y empresas privadas y se dictan otras disposiciones, describe en el numeral 9: Hacer seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones dadas por el Comité de Convivencia a las dependencias de gestión del recurso humano y salud ocupacional de las empresas e instituciones públicas y privadas”

“D: La opción D no es correcta porque corresponde a las funciones del secretario del Comité de Convivencia de acuerdo con lo descrito en el numeral 1 del Artículo 8º de la resolución 652 de 2012”

“Respecto a la pregunta (11), le manifestamos que la opción C es la clave porque el literal a del numeral 2 del Artículo 11, Servicios de Promoción y Prevención, de la Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional, describe: Desarrollo de programas regulares de prevención y control de riesgos laborales y de rehabilitación integral en las empresas afiliadas”

“A: La opción A es incorrecta porque corresponde a las actividades básicas de Prevención literal b del numeral 1 Artículo 11, Servicios de Promoción y Prevención, de la Ley 1562 de 2012”

“Respecto a la pregunta (13), le manifestamos que la opción B es la clave por el Artículo 11. Son funcionarios del Comité de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial, de la Resolución 1016 de 1989, por la cual se reglamenta la organización y funcionamiento de los Comités de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial en los lugares de trabajo, literal b describe: Proponer y participar en actividades de capacitación en salud ocupacional dirigidas a trabajadores, supervisores y directivos de la empresa o establecimientos de trabajo”

“D: La opción D es incorrecta porque corresponde al subprograma de Medicina Preventiva y el trabajo, numeral 8”

“Respecto a la pregunta (16), le manifestamos que la opción B es la clave porque el Artículo 17, programa de vigilancia epidemiológica de factores de riesgo psicosocial en el trabajo, de la Resolución 2646 de 2008, por la cual se establecen disposiciones y definen responsabilidades para la identificación, prevención, intervención, y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional, numeral 3.3 describe: Establecimiento de medidas de intervención, incluidos los indicadores para evaluar el resultado de las mismas”

“A: La opción A es incorrecta porque corresponde al Artículo 8º Factores psicosociales que deben ser identificados y evaluados por el empleador, literales b – c”

“Respecto a la pregunta (17), le manifestamos que la opción C es la clave porque el Artículo 4, condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, del Decreto 2090 de 2003, por la cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dicha actividad, numeral 1 y 2, describe haber cumplido 55 años y cotizado el número mínimo de semanas establecidas por el Sistema General de Seguridad Social en Pensión”

“B: La opción B es incorrecta porque no corresponde a las condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez”

“Respecto a la pregunta (21), le manifestamos que la opción D es la clave porque el Artículo 11, responsabilidad de los Empleadores Públicos y Privados, de la Resolución 652 de 2012 Por la cual se establece la conformación y funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral en entidades públicas y empresas privadas y se dictan otras disposiciones, describe las entidades públicas o las empresas privadas, a través de la dependencia responsable de gestión humana y los Programas de Salud Ocupacional, deben desarrollar las medidas preventivas y correctivas de acoso laboral, con el fin de promover un excelente ambiente de convivencia laboral, fomentar relaciones sociales positivas entre todos los trabajadores

de empresas e instituciones públicas y privadas y respaldar la dignidad e integridad de las personas en el trabajo”

“C: La opción C es incorrecta porque no corresponde a la responsabilidad de los empleadores públicos y privados”

*“**Respecto a la pregunta (24)**, le manifestamos que la opción D es la clave porque el Artículo 2.2.4.6.31. Revisión por la alta dirección, Capítulo 6 del Decreto 1072 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, describe en el numeral 5: Analizar la necesidad de realizar cambios en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST), incluida la revisión de la política y sus objetivos*

“B. La opción B es incorrecta porque no corresponde a la revisión por la alta dirección de acuerdo con el Artículo 2.2.4.6.31 del capítulo 6 del Decreto 1072 de 2015”

*“**Respecto a la pregunta (26)**, le manifestamos que la opción C es la clave, teniendo en cuenta la normatividad colombiana vigente en materia de exámenes médicos ocupacionales, según lo contemplado en la Resolución 2346 de 2007 en su artículo 3 y en el Decreto 1072 de 2015 en su artículo 2.2.4.2.2.18, debe hacerse a todos los trabajadores de entidades públicas, privadas y a trabajadores independientes”*

“D: La opción D es incorrecta, ya que el trabajador con contrato por prestación de servicios debe asumir el costo del examen médico ocupacional de pre-ocupacional o de ingreso, según lo contemplado en el Decreto 1072 de 2015 en su artículo 2.2.4.2.2.18”

*“**Respecto a la pregunta (38)**, le manifestamos que la opción D es la clave, ya que la sintomatología de neumoconiosis incluye disnea (dificultad respiratoria), tos crónica productiva o seca, alteraciones radiográficas o espirométricas, en trabajadores expuestos a sílice, carbón o asbesto”*

“A: La opción A es incorrecta, ya que los síntomas de asma ocupacional incluyen sibilancias, disnea y opresión torácica”

*“**Respecto a la pregunta (45)**, le manifestamos que la opción C es la clave, ya que en el Artículo 28 del Decreto 1886 de 2015 se reitera la obligatoriedad del titular del derecho minero, el explotador minero y el empleador minero de cumplir con lo dispuesto en las Resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009 del Ministerio de la Protección Social, respecto a evaluaciones médico ocupacionales en tareas de alto riesgo”.*

“A: La opción A es incorrecta, ya que en este documento no se describen las restricciones específicas para realizar actividades en socavones”

“De acuerdo a su solicitud de revisión del puntaje obtenido, nos permitimos aclararle que la calificación se llevó a cabo teniendo en cuenta los parámetros de confiabilidad y validez que supone todo instrumento de medición, procedimiento aprobado por organismos nacionales e internacionales expertos en la materia; la prueba se procesó y calificó bajo los

mismos modelos matemáticos, garantizando así la igualdad entre los aspirantes y la transparencia del proceso”

“Las pruebas de competencias funcionales y comportamentales fueron pruebas escritas y con preguntas cerradas, por consiguiente, los resultados de la misma se obtuvieron mediante una máquina de lectura óptica de resultados”

“Sin embargo, con el fin de resolver las reclamaciones contra los puntajes obtenidos y la posible comisión de errores aritméticos en el procesamiento de resultados, la Universidad de Pamplona, responsable de la calificación de las pruebas escritas del concurso para proveer los empleos, realizó la relectura manual de las hojas de respuesta, con lo cual se pudo constatar que los datos corresponden integralmente, y por tanto no hay lugar a hacer modificaciones”

“De lo anterior, se colige que los resultados de las pruebas de funcionales y comportamentales publicados en www.cnsc.gov.co fueron revisados nuevamente por la Universidad de Pamplona, encontrando que no se presentó error aritmético alguno en la consolidación o lectura de las hojas de respuestas, por lo cual se confirma la puntuación publicada inicialmente a los concursantes”

“Finalmente, realizado el análisis hecho a las preguntas de las pruebas funcionales y comportamentales de la convocatoria 429 de 2016-Antioquia se logró comprobar que la construcción y la fundamentación a cada una de las preguntas realizadas dentro de la prueba son acorde a la normatividad vigente de la convocatoria como también a una relación directa con los ejes temáticos empleados para cada una de ellas”

“En conclusión, es imperativo indicarle al aspirante que la Universidad de Pamplona no puede acceder a las pretensiones realizadas, toda vez que ha quedado plenamente demostrado que las preguntas están bien elaboradas y en consecuencia se mantiene la calificación valorada en la verificación de las Pruebas funcionales y comportamentales de la convocatoria 429 de 2016 –Antioquia”

*“En consecuencia, se **RATIFICA** la puntuación obtenida por el aspirante **FRANCISCO GUILLERMO CASTRO SALAZAR** identificado con la CC No. 15423059 para las pruebas de Competencias Funcionales”*

“CONCLUSION”

“Es así que con fundamento en lo anteriormente expuesto, se observa que las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho, de acuerdo con las consideraciones previamente planteadas, máxime cuando es claro que toda persona que pretende participar en esta clase de procesos debe cumplir con todas y cada una de las exigencias previstas en la convocatoria en igualdad de condiciones” (HASTA AQUÍ LA RESPUESTA BRINDADA ANTE ESTE JUZGADO POR PARTE DE LA CNSC)

Por lo anterior, el Asesor Jurídico de la CNSC, solicitó se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela, por cuanto no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte actora.

Como anexos a la respuesta brindada frente a la presente acción de tutela, la CNSC aportó copia del Oficio del mes de abril de 2019, suscrito por el Líder del Proceso de reclamaciones de la Universidad Pamplona, que contiene la respuesta dirigida al hoy accionante, respecto de la reclamación contra los resultados de la prueba de competencias funcionales. (fls. 48 vto. a 55 fte.). Y en dicha respuesta se expuso al accionante, por parte de la CNSC, el mismo desarrollo temático que se acaba de transcribir y que obra en la respuesta brindada a este Juzgado respecto de la acción de tutela.

RESPUESTA BRINDADA Y DOCUMENTOS APORTADOS POR EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA (fls. 56 y ss)

El Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento de Antioquia, brindó respuesta a la presente acción de tutela y manifestó que a dicho ente Departamental no le corresponde pronunciarse sobre los hechos de la acción de tutela, sino que le compete a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad de Pamplona, ya que son *“las entidades que por competencia están llevando a cabo la Convocatoria 429 de 2016-Antioquia”*.

Por lo anterior solicitó se le desvinculara de la presente acción de tutela.

Como anexos a la respuesta a la presente acción de tutela, el Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento de Antioquia, aportó, entre otros documentos, copia de la Resolución No. CNSC -20162010034365 DEL 28-09-2016 *“Por la cual se resuelve la solicitud de Revocatoria Directa interpuesta contra el Acuerdo No. 20161000001356 de agosto 12 de 2016, que convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de algunas de las entidades públicas del Departamento de Antioquia, la suspensión cautelar de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia y se dictan otras disposiciones”* suscrita por el Presidente de la CNSC (fls. 64 vto. a 71 vto.)

También aportó copia del Oficio del 14 de octubre de 2016 emitido por el Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento de Antioquia y dirigido al Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través del cual le brindó respuesta al oficio radicado CNSC 20162010301601 del 04 de octubre de 2016 (fls. 75 y 76).

De la misma forma aportó a folios 80, copia del Oficio del 3 de enero de 2017 emitido por el Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento de Antioquia y dirigido al Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Dicho oficio hace referencia al siguiente tema: *“Novedad de cargos ofertados en la convocatoria 429 de 2016”*

De igual forma arrimó a folios 90, copia del Oficio del 27 de febrero de 2017 emitido por la Directora de Personal de la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento de Antioquia y dirigido al Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Dicho oficio hace referencia a lo siguiente: “*Consulta modificación empleos reportados OPEC en la Convocatoria 429 de 2016 -Antioquia*”

También allegó a folios 103, copia del escrito con Radicado E2018030026748 del 16 de febrero de 2018 suscrito por el Gobernador de Antioquia y dirigido al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así mismo aportó a folios 113, copia del escrito sin fecha, suscrito por la Gerente Convocatoria No. 429 de 2016 y dirigido al Gobernador de Antioquia.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Este Despacho trae a colación la sentencia emitida por el Honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD, MAGISTRADO PONENTE: DR. ÁLVARO CRUZ RIAÑO, el veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018), dentro de la ACCIÓN DE TUTELA, donde actuó como DEMANDANTE KATHERINE VARGAS POVEDA y DEMANDADAS LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y LA UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN, RADICADO 05001-33-33-021-2018-00002-01.

En dicha providencia se hizo alusión al tema de los CONCURSOS DE MÉRITOS. Y dentro del marco normativo y jurisprudencial, el Honorable Tribunal expuso:

“2.3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia”

“El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela para que toda persona pueda: “(...) reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

“Esta acción constituye un mecanismo preferente, al ser un instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales, y subsidiario por cuanto debe entenderse como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera tal que existiendo otros medios judiciales para la protección de los derechos fundamentales invocados, sólo procederá cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; este principio de subsidiariedad se encuentra expresado normativamente en el tercer inciso del artículo 86 constitucional”.

“Pese lo anterior, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha manifestado que en relación con los concursos de méritos para acceder a los cargos de carreras, la acción de tutela es pertinente aun cuando teniendo la oportunidad de presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al considerar que dicho medio de control no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos”.

“En este sentido, aquella Corporación en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, señaló:

“—... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos”. (Ver también sentencias T-315 de 1998, SU-133 del 2 de abril de 1998, T-425 del 26 de abril 2001, de la Corte Constitucional”.

“Así mismo, en Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para poder la entidad excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata”.

“En tal sentido, la Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: “Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”

“Se concluye entonces, que la máxima Corte de lo constitucional ha sido enfática al manifestar que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera”.

“En todo caso, debe reiterarse que no basta la sola existencia de otro mecanismo de defensa de los derechos fundamentales para declarar la improcedencia de la tutela, sino que dicho mecanismo deber ser además efectivo para la protección de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados”.

“Así las cosas, con respecto a la protección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se requiere de la tutela, la Corte Constitucional en sentencia SU 339 de 2011, señaló que:

“—En estos casos se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la protección de los derechos fundamentales de los actores, así mismo se ha señalado que estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el respectivo cargo público”.

“2.3.2. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa”.

“El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo, por lo que es necesario que los principios que lo inspiran sean respetados”.

“Sobre la igualdad, la equidad y el debido, la Corte Constitucional en sentencia T 180 de 2015, señaló lo siguiente:

“—El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado”.

“Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia

política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales”.

“Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado”.

“De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario —y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

“La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso”.

“Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, —que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman”.

“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”.

“Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten”.

“2.3.3. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos”

“La convocatoria, es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo de carrera administrativa. En ella se consagran las bases del concurso, por lo que es tenida como la norma que regula el concurso de méritos, sobre el tema el máximo órgano de lo constitucional, señaló lo siguiente:

“—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 aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante”. (HASTA AQUÍ EL ANTERIOR PRECEDENTE)

CASO CONCRETO-CONCLUSION

En síntesis, los motivos de inconformidad del accionante se refieren a la decisión proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil quien, a través de la Universidad de Pamplona, lo excluyó de la Convocatoria 429 de 2016, por no haber aprobado la prueba básica funcional.

Estima el Juzgado que la acción de tutela en este caso es procedente, tal como lo prescribe el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, ya que el demandante agotó los recursos existentes, no contando con mecanismos adicionales para la protección de sus derechos, lo que torna a este medio judicial como idóneo para lograr el amparo.

Además, tal como lo expresó el Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia *ibídem*, en ciertos casos no es posible esperar a agotar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo particular que excluye a un concursante, porque se podría producir un perjuicio irremediable.

Considera el Juzgado que, si el demandante acudiera a los mecanismos ordinarios, un pronunciamiento por parte del Juez ya carecería de objeto porque estos mecanismos normalmente toman mucho tiempo en resolverse y el proceso de selección ya habría terminado.

En efecto, en este momento, el concurso se encuentra presuntamente en la etapa de conformación de lista de elegibles, y el accionante ha sido excluido porque no aprobó la prueba básica funcional.

El Juzgado observa además que el accionante recurrió la decisión de exclusión del concurso y la Universidad de Pamplona se ratificó en su postura.

En la respuesta a la tutela, la Comisión Nacional del Servicio Civil indica que la acción de tutela no es procedente para atacar el acto de convocatoria a concurso de méritos. Pero tal como lo expresó el Tribunal Administrativo *ibídem*, este argumento no es de recibo en este caso ya que se observa que el accionante está incoando la acción en contra del acto administrativo particular que lo excluye del concurso, porque no aprobó la prueba básica funcional, y no en contra del acto de convocatoria.

Así pues resulta siendo la acción de tutela el mecanismo idóneo para proteger los derechos del actor en este caso en concreto, por lo cual, entrará el Juzgado a determinar si en efecto se verifica la vulneración alegada.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la parte actora, vía tutela, pretende que se protejan los derechos fundamentales invocados, y se ordene a las entidades accionadas que tengan en cuenta que la prueba básica funcional, no fue adecuadamente elaborada ni valorada.

Indica la parte accionante, que presentó reclamación en contra de lo decidido por las entidades accionadas, dado que lo excluyeron del concurso por no haber aprobado la prueba básica funcional. Sin embargo, la parte accionante considera que la prueba básica funcional que presentó, no reúne las características que impongan su exclusión del concurso.

Pero las accionadas afirman y demuestran, que la parte actora no aprobó la prueba básica funcional.

Como lo señaló el Honorable Tribunal *ibídem*: "Sobre el particular, la Sala recuerda que el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas debe ser ejercido por los particulares y acatado por las autoridades dentro de los límites que las leyes señalen, uno de los cuales es el del cumplimiento de los requisitos que sean necesarios para cada cargo, según su naturaleza, lo que no constituye un límite arbitrario o irrazonable, sino que, por el contrario, es una garantía para la sociedad, pues con esos requisitos se busca garantizar la idoneidad de aquellas personas que serán nombradas en los empleos respectivos".

De acuerdo con lo expuesto, la parte actora, dentro del proceso de selección, no cumplió con la carga de aprobar la prueba básica funcional.

Es por ello que el Despacho denegará la solicitud de amparo constitucional invocada por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Se niegan las pretensiones invocadas por el señor FRANCISCO GUILLERMO CASTRO SALAZAR en contra de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Dicha negativa se fundamenta en las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito a las partes y/o sus apoderados, la presente decisión, conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Se solicita al (la) señor (a) Rector (a) de la Universidad de Pamplona y al (la) señor (a) Director (a) de la Comisión Nacional del Servicio Civil, **se sirvan notificar a los terceros interesados en la presente acción, esta decisión, a través de la página Web de la Institución Universitaria y de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Y éstos últimos se servirán allegar a este Juzgado, a la mayor brevedad posible las constancias de dicha notificación a los terceros interesados.**

CUARTO: Si no fuere impugnado este fallo, envíese, al día siguiente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, así como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

LUZ ESTELLA URIBE CORREA

JUEZ