

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA

Santa Fe de Antioquia, trece (13) de abril de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE TUTELA No. 019

RADICADO	05042-31-89-001-2020-00030-00
PROCEDIMIENTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE (S)	ERWIN ALBERTO ALCARAZ HERNÁNDEZ
ACCIONADO (S)	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
REFERENCIA	DECLARA IMPROCEDENTE ACCIÓN DE TUTELA

1. ASUNTO

Dentro del término establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, se dicta sentencia de primera instancia en la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por el ciudadano **ERWIN ALBERTO ALCARAZ HERNÁNDEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-** y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA** y a cuyo trámite se vinculó a los demás **ASPIRANTES AL CARGO LÍDER DE PROGRAMA, GRADO 14, CÓDIGO 206, CÓDIGO OPEC 13932 DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER.**

2. HECHOS

El actor efectuó una relación fáctica que admite el siguiente recuento:

Señala que se inscribió en la Convocatoria 505 de 2017, mediante la cual se dio inicio al concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes de la planta de personal de la Gobernación de Santander, en el cargo de **LÍDER DE PROGRAMA**, grado 14, código 206, código OPEC 13932, proceso de selección adelantado por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA.**

Practicadas las pruebas de conocimientos y las comportamentales obtuvo, en su orden, los puntajes de 80,52 y 81,45, para un total de 71,06 ocupando el primer lugar en la prueba. Frente a lo anterior formuló una reclamación y posteriormente, una acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales. Dicho procedimiento fue declarado nulo en segunda instancia y aún se encuentra en trámite, razón por la cual considera que esa acción podría incidir en el resultado final.

Dice el accionante que durante la etapa de valoración de antecedentes no le fue validado el título de abogado por cuanto, según las accionadas, no guarda relación con las funciones del cargo. No obstante, el actor manifiesta que esta área del conocimiento sí

guarda estrecha relación con las funciones del cargo a que aspira, requiere conocimientos jurídicos mínimos, pues entre éstas se encuentran la generación de mecanismos que permitan la liquidación de contratos del régimen subsidiado; el control y seguimiento al régimen subsidiado para garantizar el acceso oportuno de los afiliados y el seguimiento a la gestión de políticas, planes y proyectos de las aseguradoras en salud de acuerdo con la normativa vigente.

A continuación, citó una multiplicidad de normativas de orden legal y reglamentaria que a juicio del actor implican para todo servidor público el deber de contar con un conocimiento jurídico mínimo en el desarrollo y adopción de todas sus actuaciones. Considera que durante la valoración de antecedentes debió recibir el máximo puntaje de 40, pues allegó un título de especialización que sí fue validado correctamente asignándole 20 puntos y un título de pregrado en derecho que le otorgaba 30 puntos, pero al ser 40 puntos el tope, debía otorgársele la máxima calificación en este ítem.

Con fundamento en lo narrado en precedencia deprecia la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y acceso a cargos públicos y como consecuencia de los anterior, se valide el título de abogado y le sea asignado el puntaje correspondiente. Además, formuló como presentación principal y como solicitud de medida provisional, que se ordene a las accionadas suspender el concurso o abstenerse de publicar la lista de elegibles hasta tanto se resuelva la acción de tutela con radicado 2019-00271 que se tramita ante el Juzgado Promiscuo de Familia de este Municipio.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La solicitud de tutela fue presentada el 24 de marzo de 2020 por vía electrónica y en providencia de esa misma fecha se admitió la solicitud, fue denegada la solicitud de medida provisional, se dispuso la vinculación de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER y de los demás ASPIRANTES AL CARGO LÍDER DE PROGRAMA, GRADO 14, CÓDIGO 206, CÓDIGO OPEC 13932 DE LA GOBERNACIÓN DE SANTANDER. Además, se ordenó a las accionadas y a la vinculada rendir el informe sobre los hechos de solicitud conforme al artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Durante el trámite de esta instancia todas las autoridades rindieron sus informes y además, allegó su intervención el concursante CARLOS EDGARDO MONTAÑEZ VARGAS. Asimismo, el Juez Promiscuo de Familia de este Municipio manifestó que la acción de tutela con radicado 2019-00271 promovida por el aquí accionante en contra de la CNSC y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA se encuentra a despacho para resolver la instancia, luego de que el Tribunal Superior de Antioquia decretara la nulidad de lo actuado.

3.1 Informe de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER.

La entidad no informó si ya había procedido con el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, tal como le fue pedido en el auto que admitió la solicitud de tutela. No obstante, alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva pues, a su juicio, de su conducta no se deriva la conducta que el accionante considera lesiva para sus derechos fundamentales. En tal sentido, precisó que el acuerdo de convocatoria en su artículo 2º dispuso que el proceso de selección estuviera a cargo de la CNSC. Asimismo, el artículo 37 del acto administrativo establece que la prueba de valoración de antecedentes se realizaría por la institución de educación superior contratada para tal efecto por la CNSC.

Con fundamento en lo anterior deprecó su desvinculación de la acción.

3.2 Informe de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA.

El coordinador jurídico de la institución educativa allegó informe en el que refirió, *grosso modo*, que la institución únicamente es competente para atender las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales en las etapas de pruebas escritas y valoración de antecedentes, por virtud del contrato 130 de 2019, celebrado con la CNSC conforme al artículo 30 de la Ley 909 de 2004 y por tanto, las demás etapas del concurso competen a la Comisión por virtud de sus competencias legales y constitucionales. Agregó que el objeto de la prueba de valoración de antecedentes es la evaluación de la historia académica del participante.

En el caso concreto, refiere que el actor solicitó la revisión del puntaje asignado por cuanto no le fue validado el título profesional en derecho y le fueron asignados 20.00 puntos en el ítem de educación formal, pues el aspirante sí acreditó el título de especialización. Agregó que el título de abogado no se validó al no tener relación con el cargo al cual aspira el accionante por cuanto que su desempeño versará sobre asuntos del sector salud, razón por la cual no fue procedente la modificación solicitada.

Agregó que la acción de tutela resulta improcedente por no reunirse las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional. Solicitó declarar la improcedencia de la acción en tanto la intención del accionante es desconocer los procedimientos administrativos establecidos para el desarrollo de cada una de las etapas del concurso. Anexó al informe copia de la repuesta a la reclamación formulada por el accionante.

3.3 Informe del COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

El asesor jurídico de la CNSC advirtió que la acción de tutela es improcedente por cuanto el actor cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para satisfacer sus pretensiones, además, no ha logrado acreditar la existencia de un perjuicio irremediable. Además, se refirió a la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas en concursos de méritos, manifestando que el actor cuenta con otro mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad de los actos administrativos. Agregó que tampoco se acredita la existencia de un perjuicio irremediable.

Dijo que por virtud del contrato 130 de 2019, la FUA A fue la institución de educación superior responsable de efectuar la valoración de antecedentes y de atender las reclamaciones de los aspirantes, no obstante, el título aportado no pudo ser validado al no relacionarse con las funciones del cargo a desempeñar. Por lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela en la medida que ninguna vulneración deviene de la conducta de la CNSC. La entidad acompañó a su informe copia de los documentos aportados por el accionante para certificar estudio y experiencia.

3.4 Intervención del concursante CARLOS EDGARDO MONTAÑEZ VARGAS.

El ciudadano MONTAÑEZ VARGAS manifestó que al igual que el accionante participó en el proceso de selección 505 de 2017 el cual fue convocado mediante

Acuerdo CNSC 2017000001166 del 22 de diciembre de 2017 y una vez aplicadas las pruebas de competencias básicas y funcionales y las comportamentales obtuvo, en su orden, 91,71 y 73,84 para un total del 70,73 que lo ubicaban en el segundo escaño del concurso a 0,33 puntos de quien ocupaba el primer lugar.

Agrega que en igualdad de condiciones con el accionante cumplió con todos los mecanismos de evaluación y durante la prueba de valoración de antecedentes le fue asignado un puntaje de 90,0 y totalizados los instrumentos de evaluación obtuvo un puntaje de 88,73 ocupando de este modo el primer lugar en la lista de elegibles 4,67 puntos por encima del segundo mejor concursante.

Dice que admitir los planteamientos del accionante implicaría desconocer el principio de objetividad que rige el concurso, pues el título de derecho no se relaciona con las funciones del cargo y no puede contabilizarse como experiencia adicional y además, de aceptarlo, se estaría incluyendo nuevos elementos de valoración que no se encuentran establecidos en el Acuerdo de convocatoria afectando el derecho a la igualdad de los demás aspirantes. Aduce que el perfil profesional del cargo se ubica dentro del núcleo básico del conocimiento en bacteriología, enfermería, odontología, instrumentación quirúrgica y medicina de tal suerte que no pueden valorarse estudios en otros pregrados.

Considera que la finalidad del accionante es que se adopte por el Juez de tutela la postura subjetiva y caprichosa de aquél y que además, la formulación de una segunda acción de tutela, aunque se promueva bajo unos supuestos fácticos adicionales, pretende la acreditación en un puesto público entorpeciendo la labor de la CNSC y agravando la congestión de la administración de justicia. Por lo anterior, solicita que se compulsen copias ante el Consejo Superior de la Judicatura para que investigue la conducta disciplinaria del actor y además, se deniegue de la acción de tutela.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia

En los términos del artículo 86 de la Constitución política y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho para resolver de esta acción de tutela en razón del lugar donde ocurre la vulneración alegada.

4.2 Problema jurídico

Como asunto preliminar debe el despacho establecer la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto. Superado el examen de procedibilidad debe determinarse si se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y el acceso a cargos públicos de un aspirante al cargo líder de programa, grado 14, código 206, código OPEC 13932 de la Gobernación de Santander, a quien no le fue validado el título de abogado como formación adicional durante la prueba de valoración de antecedentes, argumentándose por las accionadas que el pregrado no se relaciona con las funciones del cargo.

Para resolver este problema jurídico se esbozará *(i)* la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en concursos de mérito; *(ii)* la

igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; (iii) el acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos, para abordar así el análisis del caso. Previamente se realizará un examen de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

4.3 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

La acción de tutela es el mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales previsto por el Constituyente. Por ello, no resulta en principio procedente para controvertir actos administrativos, puesto que para ello el legislador ha previsto los recursos en el proceso administrativo (cap. VI, título. III parte I, Ley 1437/11) y los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Título III, parte II, Ley 1437/11). Excepcionalmente, la acción de tutela puede resultar procedente en contra de actos administrativos cuando el actor carece de medios de defensa judiciales o administrativos de sus derechos fundamentales o bien, cuando existiendo, estos no son idóneos para conjurar la amenaza o vulneración sobre aquellos, caso en el cual debe formularse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el tema concreto de los concursos de mérito, nada distinto ha establecido la Corte Constitucional:

“Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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”.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y

requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.”¹

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

El concurso de mérito es un mecanismo que asegura el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos y por contera, garantiza el derecho fundamental al trabajo. además, el sistema de carrera tiene como fin primordial la consecución del principio de igualdad, mediante la exigencia de requisitos homogéneos de formación académica y profesional a todas las personas que aspiren a acceder a un cargo público, sin discriminación alguna, con ello se pretende además la eliminación del clientelismo en la selección del personal que debe cumplir las funciones estatales. Así lo ha señalado el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional:

“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.”²

Para asegurar el cumplimiento de los objetivos del concurso de méritos es menester que en el proceso se observen las garantías fundamentales que componen el debido proceso y en tal medida, han de agostarse cada una de las etapas que conforman el concurso:

¹ Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

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.”³.

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

El concurso de méritos es el instrumento que estableció el constituyente en el artículo 125 superior para el acceso objetivo y en condiciones de igualdad a los empleos públicos y dado que el proceso de selección debe observar el debido proceso, es necesario que las reglas que establecen los requisitos de acceso a los empleos y determinan el trámite del concurso sean inmodificables salvo que contraríen la Constitución o Ley. Se dice entonces que el acuerdo que da inicio a la convocatoria es la *Ley del concurso*, en tal medida, los aspirantes deben satisfacer todos los requisitos exigidos por la norma y aprobar cada una de las etapas del proceso de selección. Pero además, las autoridades encargadas del proceso, no pueden exigir a los aspirantes más que aquello establecido en el acuerdo respectivo:

“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:

³ *Ibíd.*

(6) *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.”⁴

5. ANÁLISIS DEL CASO

El ciudadano ERWIN ALBERTO ALCARAZ HERNÁNDEZ ha formulado acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA al considerar que las entidades

⁴ *Ibíd.*

accionadas vulneran sus derechos fundamentales, pues se negaron a validar el título de abogado en el ítem de educación formal dentro del proceso de selección en el cual participa para la provisión del empleo líder de programa de la Gobernación de Santander, argumentando que el título de pregrado no guarda relación con las funciones del cargo, cuando en realidad, a juicio del accionante, las funciones del empleo ameritan un conocimiento jurídico básico.

Por otra parte, las accionadas y el interviniente sostienen que el pregrado de derecho no guarda afinidad con las funciones de cargo a proveer y además, la acción de tutela no resulta procedente en la medida que existe otro medio de defensa judicial al cual puede acudir el accionante.

Se procede a continuación con el análisis de procedibilidad habida cuenta que por este medio pretende controvertirse una actuación administrativa, previo un examen de temeridad en atención a la intervención del ciudadano CARLOS EDGARDO MONTAÑEZ VARGAS.

5.1 Examen de temeridad de la acción de tutela (Art. 38 Dto 2591/91)

En la medida que el interviniente CARLOS EDGARDO MONTAÑEZ VARGAS alega que el accionante incurre en temeridad al formular con la misma finalidad una segunda acción de tutela, cuando previamente ya había deprecado del Juez Promiscuo de Familia la protección de sus derechos fundamentales en relación con el mismo concurso, conviene en primer lugar indagar acerca del cumplimiento de los presupuestos de temeridad establecidos por el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 que preceptúa:

“Artículo 38. Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.”

La Corte Constitucional ha puntualizado que la temeridad contemplada en la disposición citada, en la medida que implica una restricción al ejercicio de esta acción constitucional, únicamente se configura cuando el actor actúa de mala fe. Al respecto dijo la Corte:

“La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

El último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia.”⁵

⁵ Corte Constitucional, sala plena sentencia SU-168 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Asimismo, la Corte ha citado unos ejemplos en los cuales, pese a verificarse la triple identidad de hechos, partes y pretensiones, no existe dolo o mala fe por parte del actor y por contera, no se configura temeridad: *“(i) la ignorancia del accionante; (ii) el asesoramiento errado de profesionales del derecho; o (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho”*⁶

En el curso de esta instancia el despacho requirió al Juez Promiscuo de Familia de este Municipio para que informara el estado actual de la acción de tutela con radicado 2019-00271, cuyo trámite había sido anulado por el Tribunal Superior Antioquia. Ese despacho informó que para aquella fecha aún no había dictado la sentencia de primera instancia y que el expediente se encontraba a despacho para dictar sentencia. No obstante, en el curso del trámite el accionante allegó una copia de la providencia en la cual, además, consta una síntesis de la narración fáctica de la solicitud de tutela.

Luego, examinada la narración fáctica de la providencia se atisba diáfananamente que en el presente caso no se configura temeridad en el actuar del accionante, pues aunque los primeros hechos de ambas solicitudes son idénticos, en estos se limita el accionante a enunciar que se inscribió en la convocatoria y que agotó y aprobó varias etapas del concurso, pero el núcleo fáctico de la solicitud, es decir, la narración de las acciones y omisiones que a juicio del accionante vulneran sus derechos fundamentales y a partir de la cual deriva las peticiones tuitivas, difieren ostensiblemente en cuanto a su temporalidad, la etapa del concurso en la cual acaecieron, la autoridad de la cual provienen y por supuesto, respecto de las medidas de protección que en uno y otro caso deben adoptarse

En efecto, en la solicitud de tutela formulada ante el Juez de Familia, el actor indica que la vulneración de las accionadas se estructura en la manera en la cual habrían resuelto la reclamación frente al puntaje asignado durante las pruebas comportamentales y de conocimiento, pero en modo alguno se refiere allí a la etapa de valoración de antecedentes ni a sus resultados, ni se cuestiona en ninguna forma la validación de los títulos de formación académica adicional. Ello por una razón elemental y es que para la fecha en la cual se inició el trámite de la tutela con radicado 2019-00271 (26 de diciembre de 2019), ni siquiera habían sido publicados las respuestas a las reclamaciones de la prueba de valoración de antecedentes.

Luego, en la acción de tutela que hoy se examina, el accionante cuestiona la aplicación que del reglamento del concurso realizan las accionadas para negarse a validar uno de los títulos de pregrado aportados para acreditar formación académica adicional y además, censura la respuesta que frente a la reclamación emitió la FUAA. Es decir, se trata de acciones y omisiones nuevos, posteriores a la tutela con radicado 2019-00271 y por ello, se trata de dos narraciones fácticas perfectamente diferenciables no sólo en cuanto a su temporalidad sino también frente a la etapa del concurso que pretende cuestionarse.

En los anteriores términos, el despacho considera que no se cumplen a cabalidad todos los presupuestos que configuran la temeridad, pues no existe identidad en la causa y en suma, no están satisfechos todos los presupuestos para declarar esta acción de tutela

⁶ Ibidem.

como temeraria a la luz del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

Se procede entonces inmediatamente con el examen de procedibilidad de rigor.

5.2 Examen de procedibilidad.

Como se indicó en precedencia, la acción de tutela es un medio defensa excepcional y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y en el contexto de los concursos de mérito esta regla no se exceptúa. En tal medida, ha advertido la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela sólo procede *“cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos, no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, CP), hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección”*⁷. En tal sentido, se ha señalado que la acción resulta improcedente cuando *“quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional”*⁸.

En el caso que se estudia la publicación de los resultados de la prueba de valoración de antecedentes, que es justamente la actuación cuestionada, se efectuó el día 12 de diciembre de 2019. De conformidad con el artículo 43 del Acuerdo de convocatoria, contra esta determinación procede la respectiva reclamación, la cual debe formularse dentro de los cinco días siguientes a la publicación del resultado. Según se extrae de los documentos allegados por las partes, el accionante formuló la respectiva reclamación, siendo resuelta mediante comunicación del 26 de diciembre de 2019 por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA, pero notificada el 24 de febrero de 2020 tal como se corrobora en la página web de la convocatoria⁹.

Reza igualmente el artículo 43 del Acuerdo rector que contra la determinación que resuelve las reclamaciones no procede recurso alguno, disposición normativa que se encuentra en consonancia con el artículo 13 del Decreto 760 de 2005, de lo cual se sigue que el accionante no cuenta con ningún otro mecanismo de defensa al interior del proceso de selección. No obstante, la CNSC argumenta que el accionante puede acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo si considera que el acto en mención no se ajusta a la Ley o vulnera sus derechos y garantías y en tal medida, la tutela sería improcedente como lo advierte la parte accionada.

7 Corte Constitucional, sala primera de revisión, sentencia T-480 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa

8 Ibidem.

9 Página web consultada el 03-04-2020 a las 13:00

<https://www.cns.gov.co/index.php/438-a-506-santander/2790-resultados-definitivos-pruebas-escritas-y-prueba-se-valoracion-de-antecedentes>

Ello es parcialmente cierto, pues en realidad la actuación cuestionada –resultados de la prueba de valoración de antecedentes– es una actuación de trámite, en la medida que no decide “*directa o indirectamente el fondo del asunto*” (Art. 43 CPACA), es decir, no define, por ejemplo, la permanencia de un concursante en el proceso de selección, ni culmina el procedimiento al conformar la lista de elegibles o declara desierto el concurso. Por la misma razón, esto es, por ser un acto de trámite, éste no es susceptible de control jurisdiccional y por tanto, el mecanismo ordinario de defensa (nulidad y restablecimiento del derecho), resultaría inidóneo para la protección pretendida por el accionante y aparentemente se satisfaría en el asunto *sub examine* el principio de subsidiariedad.

No obstante, debe considerarse una circunstancia adicional que ninguna de las partes ventiló, pero que fue expuesta por el interviniente CARLOS EDGARDO MONTAÑEZ VARGAS y tenida en cuenta por el despacho al momento de resolver la medida provisional solicitada por el accionante. En efecto, mediante Resolución 4683 del 13 de marzo de 2020 publicada el 20 de marzo pasado, la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la lista de elegibles para proveer la vacante del cargo al cual aspira el accionante. Es decir, en el proceso ya se ha emitido una decisión definitiva, de fondo, que ha establecido el orden de mérito en el cual debe procederse con el nombramiento del concursante ganador en período de prueba.

Esta decisión, contrario a la que sucede con aquella que estableció el puntaje de la valoración de antecedentes, sí es susceptible de ser controlada por vía jurisdiccional ante los Jueces Administrativos a través del medio de nulidad y restablecimiento del derecho por el cual puede el accionante, por ejemplo, solicitar que se declare la invalidez del acto administrativo que conformó el listado de elegibles y a título de restablecimiento, se ordene la conformación de una nueva lista de elegibles teniendo en cuenta el puntaje que debió asignársele en la prueba de valoración de antecedentes. Desde esta óptica, el despacho advierte que este mecanismo de defensa judicial es *idóneo* para la protección constitucional solicitada, dado que puede conducir a la satisfacción de las pretensiones del accionante.

Además, este mecanismo de defensa es *eficaz* pues tiene la aptitud para dispensar una pronta protección a los derechos del actor. En efecto, con fundamento en las medidas cautelares contempladas por el artículo 230 CPACA el accionante puede deprecar la suspensión de la actuación administrativa o la suspensión provisional de los efectos del acto demandado y de esta forma, evitar que se haga uso de la lista de elegibles salvaguardando los derechos a acceder al empleo público de que eventualmente sea titular. Además, el acto administrativo fue proferido hace poco menos de un mes, razón por la cual no ha operado la caducidad. En suma, el mecanismo de defensa reúne las características de *idoneidad* y *eficacia* para proveer la protección constitucional deprecada por el actor, lo cual indubitablemente deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

Si bien en un reciente pronunciamiento en sede de tutela en el cual el accionante era el señor ALCARAZ HERNÁNDEZ y se refería a un asunto similar al aquí ventilado¹⁰, este despacho consideró que la eficacia de este mecanismo de defensa quedaba en entredicho en razón de la congestión del sistema judicial colombiano. Allí mismo se puntualizó que congestión judicial no es razón suficiente para establecer como regla general la procedencia de la acción de tutela, pues ello implicaría vaciar las

10 Acción de tutela con radicado 05-044-40-89-001-2020-00003-01, Ate. Erwin Alberto Alcaraz Hernández; Ado. Concejo de Anzá.

competencias de los Jueces ordinarios y pondría en conocimiento de los Jueces de tutela una multiplicidad de asuntos que no son de su resorte, sacrificando preciados principios constitucionales.

Aunque en aquella oportunidad se declaró procedente la acción de tutela ello se debía a las especiales circunstancias del caso. En efecto, la acción versó sobre el proceso de selección del personero del Municipio de Anzá para el período 2020-2024 y allí consideró el despacho que la congestión judicial y la demora en la adopción de una decisión de fondo en ambas instancias sí tornaba ineficaz el mecanismo de defensa.

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, el período de los Personeros es fijo, institucional y por cuatro años, de tal suerte que *“pese a que el actor formulara el medio de control, el período para el cual concursó transcurrirá ininterrumpidamente en la medida que el período no es personal sino institucional, y por tanto, para cuando la demanda se decida ya habría transcurrido gran parte del período o inclusive, es factible que el período hubiese culminado ya. En tal escenario sería imposible restablecer su derecho, ordenando por ejemplo, que sea nombrado en el cargo.”*

Sin embargo, el asunto que hoy se estudia no tiene aquellos contornos, pues el cargo al cual aspira el accionante no tiene un período fijo de elección (institucional o personal) sino que el nombramiento se efectúa de forma permanente e indefinida en el tiempo, de tal suerte que la congestión judicial no es en esta oportunidad razón suficiente para considerar la ineficacia del medio ordinario de defensa judicial, pues con independencia de la época para la cual que profririera la sentencia favorable en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho existirá la posibilidad de acceder al cargo y de satisfacer este derecho fundamental y además, de esta forma, queden refrendados los supuestos yerros en el proceso de selección que vulneran también sus derecho a la igualdad y el debido proceso.

Además, debe traerse a colación otra circunstancia externa al proceso de tutela que desdice de la urgencia y necesidad de la protección constitucional. En efecto, mediante Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, se dispuso el aplazamiento de *“los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico”* (Art. 14). Si bien la misma disposición autorizó el nombramiento de los concursantes en aquellos procesos que contaren con listas de elegibles en firme, lo cierto es que en la Convocatoria 505 de 2017 el acto que conformó la lista no cobró firmeza.

En efecto, el Acuerdo CNSC 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017 (acuerdo de convocatoria), previó en su artículo 54, que las listas de elegibles quedarían en firme pasados 5 días desde su publicación en la página web de la CNSC. Luego, la mentada resolución 4683 de 2020 fue publicada el viernes 20 de marzo de 2020 y contabilizados los términos (hábiles por supuesto), a la fecha de expedición del Decreto 491 de 2020, habían transcurrido tan sólo 4 días y por ello, las listas no habrían quedado aún en firme y no sería posible proceder con los nombramientos pues el concurso se encuentra suspendido por ministerio de la Ley.

En apoyo de lo anterior, se pudo verificar en la página web de la CNSC11 que en atención a la declaratoria del estado de excepción (de emergencia), esa entidad decidió suspender la expedición de las listas de elegibles, así como los términos para solicitar exclusiones frente a las listas expedidas el 20 de marzo de 2020. Entonces, advertida la improcedencia de la acción de tutela en el caso particular al no satisfacer el principio de subsidiariedad y máxime que pudo desvirtuarse la urgencia y necesidad de la adopción de medidas de protección, a ninguna otra decisión puede arribar el despacho que declarar la improcedencia de la acción tuitiva.

Sin más consideraciones, el **JUZGADO PROMISCOUO DE CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA**, administrando Justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela formulada por **ERWIN ALBERTO ALCARAZ HERNÁNDEZ**, identificado con cédula 71.261.676 en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-** y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** la publicación de esta providencia en la página web de la Convocatoria No. 505 de 2017-Gobernación de Santander, para que los demás aspirantes al cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 8, código OPEC 74221 de la Gobernación de Santander, puedan formular las impugnaciones.

TERCERO: De no ser impugnada esta providencia, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para efectos de su revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARIO JOSÉ LOZANO MADRID
JUEZ