



REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICADO: No 865732042001-2021-00109-00
ACCIONANTE: EDWIN ARCESIO MOSQUERA URRIBO
ACCIONADO: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
VINCULADOS: OTROS

Puerto Leguizamo, Diez (10) de Agosto de dos mil Veintiuno (2021)

Decide la Judicatura, la acción de tutela instaurada por EDWIN ARCESIO MOSQUERA URRIBO, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.122.723.920 en contra de la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL (CNCS), trámite al que se vinculó a terceros y demás personas que hacen parte del proceso de convocatoria No 624 al 638-980 y 981 de 2018

ANTECEDENTES

1. Derecho fundamental invocado, pretensión y hechos relevantes en los que se funda:

- 1. A través de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNCS) en el año 2019 se abrió el Proceso de Selección No 624 al 638-980 y 981 – Convocatoria Sector Defensa 2018, Concurso de Méritos abierto que tiene como fin ocupar varios empleos carrera administrativa.*
- 2. En virtud de lo anterior y desde mi lugar de residencia PUERTO LEGUIZAMO - PUTUMAYO me inscribí para el concurso de méritos ofertado dentro del Proceso de Selección en mención.*
- 3. Una vez inscrito conforme con los requisitos exigidos para el cargo cuyo código OPEC 84747 denominado fui admitido y mediante correo dirigido al SIMO el día 3 de junio de 2021, enviado a mi bandeja de entrada fui citado a pruebas de conocimiento para el día 13 de junio de 2021 en la ciudad de Mocoa, ciudad cabecera de Departamento del Putumayo.*
- 4. El día 8 de junio de 2021, y luego de presentar síntomas asociados con la COVID - 19, me traslade al hospital MARIA ANGELINES DEL MUNICIPIO DE PUERTO LEGUIZAMO, donde después de realizarme la prueba resulte POSITIVO PARA SARSCOV2, tal y como consta en el examen realizado en El Hospital. Y en la respectiva incapacidad médica.*
- 5. El mismo día de recibido del diagnóstico comuniqué de la situación a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL a través del radicado no 20212110779771 donde solicite:*

“Fijar nueva fecha y hora para la presentación de la prueba de conocimiento, para la cual fui citado para el día 13 de junio de 2021 a las 7:15 a.m.”

- 6. Mediante Comunicación No. 20212110779771 fecha el 11 de junio de 2021, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNCS) responde*

de forma negativa mi solicitud desconociendo mis derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos por concurso de méritos, a saber :

“Conforme a lo expuesto, indistintamente de las circunstancias que presente el aspirante, la aplicación de pruebas del proceso de selección se llevará a cabo únicamente en la fecha señalada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el operador contratado, sin que exista la posibilidad de realizar cambios a la misma”

En un caso similar al acá planteado el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Yopal, bajo el radicado No. 2021-00034, mediante fallo proferida el 08 de marzo de 2021, resolvió:

“(…)

SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso e igualdad de la señora MARYEN BARRERA MONROY, vulnerados por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia del numeral anterior, se ORDENA al Representante Legal de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para que, a través de la FUNDACION AREA ANDINA y dentro de un término no mayor a cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, programe una fecha y hora en la que la señora MARYEN BARRERA MONROY pueda presentar la respectiva prueba escrita dentro de la Convocatoria Territorial 2019. La prueba tendrá que programarse dentro de un lapso de tiempo que no exceda dos (2) meses siguientes al vencimiento del anterior término otorgado, debiéndose realizar en condiciones de igualdad a los demás concursantes; la citación deberá realizarse conforme las reglas establecidas en el respectivo acuerdo de la mencionada convocatoria. Se advierte que, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL está en plenas facultades Constitucionales y legales para establecer, las preguntas que a su criterio han de realizarse a la accionante, respetando lo reglado dentro del acuerdo de convocatoria.

QUINTO: EXHORTAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para que, en lo sucesivo y al momento de la redacción de los acuerdos de convocatoria, tenga presente incorporar la regulación frente a la inasistencia de los concursantes que, por justa causa no puedan asistir a las distintas pruebas desarrolladas en los concursos de su competencia, con lo que se garantice el debido proceso e igualdad de los participantes dentro de las convocatorias adelantadas. (...)”

*Al ser un caso de fuerza mayor y teniendo en cuenta el riesgo que representaba para la salud pública el tener que desplazarme a otra ciudad para presentar la prueba escrita el día 28 de febrero de 2021, la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNCS)** Y LA UNIVERSIDAD LIBRE debieron autorizar la presentación de la prueba una vez cumplida la cuarentena o tiempo estimado de recuperación de la Covid-19 o en su defecto habilitar otro medio para la presentación de la misma.*

PRETENSIONES

Con la demanda de tutela, al parte accionante solicita que:

PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHO FUNDAMENTALES consagrados en los artículos 1, 2, 13, 29 y 40 No. 7 de la constitución y demás derechos que se encuentren vulnerados.

SEGUNDO: ORDENA a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)** para que, a través de la **UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA** se programe una fecha y hora para que se me permita presentar la respectiva prueba escrita dentro de la Convocatoria Sector Defensa 2018.

2. Pronunciamiento de la accionada:

Notificada como fue, la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL (CNSC) y demás personas vinculadas, a través de medio radial- publicación en la página Web de la CNSC optaron por guardar silencio frente al requerimiento judicial.

CONSIDERACIONES

Competencia y Legitimación.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Se encuentra establecido por la Jurisprudencia como requisitos de procedibilidad *“la concurrencia de los requisitos procesales necesarios que ha de tener la actuación de las partes para iniciar el proceso y que garantiza la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, es decir, los requisitos procedimentales fijados para interponer la acción correspondiente.”*¹

Así, se tienen como tales, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad².

Se ha precisado, que dada la naturaleza jurídica de la acción de tutela, su ejercicio está subordinado a la existencia de unos requisitos mínimos de procedibilidad, dentro de los cuales se encuentra la legitimación o titularidad para promoverla.

De allí que, atendiendo lo previsto por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ha señalado que pueden ser titulares de la acción de tutela todas las personas cuyos derechos fundamentales hayan sido vulnerados o amenazados y que de acuerdo con la citada disposición, además del titular del derecho o su representante, la acción puede ser promovida por un agente oficioso, lo cual se admitirá en la forma y en los eventos señalados en la ley.

En tanto y según los artículos 5 y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, los llamados a ocupar extremo pasivo de la relación jurídico procesal son las autoridades o los particulares en los casos que señala la ley, como imputados de violación presunta de los derechos fundamentales por acción u omisión, y

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-275 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

² *Ibidem*.

que En el caso subjudice la autoridad accionada es la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL (CNSC9 y demás personas vinculadas. Y, por otro lado la legitimación por activa se encuentra en cabeza de su titular, el señor EDWIN ARCESIO MOSQUERA URRIAGO.

Inmediatez:

En cuanto a la inmediatez, la acción se ejerció de manera oportuna, si se tiene en cuenta que entre la ocurrencia de los hechos han pasado casi dos (02) meses, y donde el día 29 de Julio de 2021, se interpone acción de tutela.

Subsidiariedad:

El artículo 86 de la Constitución dispone que *“Toda persona tendrá acción de tutela para 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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. Sin embargo, *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante.

Recientemente, en la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del requisito de subsidiariedad, en este pronunciamiento la Corte concluyó que éste hace referencia a dos reglas: (i) *regla de exclusión de procedencia* y (ii) *regla de procedencia transitoria*.

En la sentencia T-514 de 2003, la Corte Constitucional hizo algunas precisiones acerca de la importancia del presupuesto de subsidiariedad en el trámite de la acción de tutela, al respecto dijo la Corte:

“Para la Corte es claro que la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).

El análisis de este requisito no se suple con un cálculo cuantitativo del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la instauración de la acción de tutela, sino que supone un análisis del caso particular conforme a diferentes criterios, tales como la situación personal del peticionario, el momento en el que se produce la vulneración, la naturaleza de la vulneración, la actuación contra la que se dirige la tutela y los efectos de esta en los derechos de terceros.

Entonces, se tiene que el señor EDWIN ARCESIO MOSQUERA, elevó solicitud para ante la CNSC, solicitando reprogramar la fecha de la prueba escrita para la convocatoria No. No 624 al 638-980 y 981 de 2018, donde aquel informo que le fue diagnosticado POSITIVO para Coronavirus (COVID 19), expidiéndose comunicación fechada 11 de Junio de 2021, donde se niega tal pedimento, (ACTO ADMINISTRATIVO) proferido por parte de la GERENTE DE CONVOCATORIA, razón por la cual esta judicatura, procederá a dar por cumplido dicho requisito de subsidiaridad, y entrar al estudio de la presente acción tutelar.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantean los siguientes problemas jurídicos a resolver: ¿procede la acción de tutela para controvertir un acto administrativo expedido en el marco de un concurso público de méritos para proveer cargos en carrera administrativa en el sector público? ¿Desconoce la CNSC, el derecho fundamental del accionante a la igualdad, al negar reprogramar la fecha de la prueba escrita para la convocatoria No 624 al 638-980 y 981 de 2018 OPEC, aunque aquel informo que le fue diagnosticado POSITIVO para Coronavirus (COVID 19)?.

Para resolver las cuestiones planteadas, estima la Judicatura la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.; (ii) El debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso.; (iii) Aplicación de la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991y, luego analizará (iv) el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

En múltiples oportunidades se ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto³. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

³ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos *subreglas* excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas *subreglas* se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁴, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable⁵; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última *subregla* cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar⁶. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

⁴ Esta subregla de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política.

⁵ En sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable:

A)... **inminente**: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

B). Las **medidas** que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”.

⁶ Sentencias T-175 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-606 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-169 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa).

Centrando nuestro estudio en la primera *subregla* antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”⁷. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine expresamente la ley. El mismo artículo señala que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El Constituyente de 1991 al repensar el sistema de carrera administrativa para la provisión de los empleos públicos en Colombia, buscó privilegiar el mérito para contar con servidores públicos cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen mejores índices de resultados, al punto que colaboren con el desarrollo económico del país⁸. Así mismo, al implementar el sistema

⁷ Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

⁸ Sobre el punto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), señaló que “(...) el Constituyente de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador. // Ligado a ello, la Carta Política introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del

de mérito, apuntó a garantizar la igualdad de oportunidades entre los participantes para que se cumpla la selección de forma objetiva y, de esta forma, se consoliden la democracia y los principios de la función pública en el marco de un Estado social de derecho.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional⁹ ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de 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.

Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e

denominado “botín burocrático” entre los distintos partidos y movimientos políticos en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo en cuenta los retos que debe asumir el Estado de cara a la globalización económica. // A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas. // De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes”.

⁹ Al respecto se pueden consultar las sentencias C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe **ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)**¹⁰. (Subraya y negrilla del despacho)

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso¹¹, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de la Corte Constitucional, al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), señaló 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 derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas 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 infiere 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.* En este punto, se estima que si por factores

¹⁰ En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que “el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.

¹¹ De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), reiterada en la sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: “(i) **La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) **Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) **Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) **elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. (Negrillas del texto original).

exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los 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 administrativa¹²; y, (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.

Entonces, a manera de síntesis, la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

CASO CONCRETO:

El accionante solicita el amparo constitucional de su derecho fundamental, a la igualdad, el cual estima vulnerado por cuanto la CNSC, se negó a reprogramar la fecha de la prueba escrita para la convocatoria No 624 al 638-980 y 981 de 2018, aunque aquel informe que le fue diagnosticado POSITIVO para Coronavirus (COVID 19).

Conforme fue expuesto en la *consideración* de esta providencia, por regla general la acción de tutela se torna improcedente para cuestionar la legalidad de los actos administrativos dictados durante un proceso selección o concurso de méritos. No obstante, cuando los accionantes demuestran la existencia de un perjuicio irremediable, el juez constitucional pueda conceder

¹² Frente a las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, “por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000”, manifestó que “la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; (...)”.

la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo censurado, hasta tanto la jurisdicción competente decida de manera definitiva sobre la legalidad del mismo.

En el presente asunto el actor considera que la decisión emanada por parte de la señora VILMA ESPERANZA CASTELLANOS HERNNADEZ en su calidad de GERENTE DE LA CONVOCATORIA No 84747, de fecha 11 de julio de 2021, que resolvió la imposibilidad de reasignar fecha para la presentación de la pruebas de conocimiento por acontecer un caso de Fuerza mayor, vulnera sus derechos fundamentales.

Revisado el tema, la Judicatura observa (i) que el accionante no presento recurso de reposición o elevaron reclamación directa contra esa decisión ante la CNSC, a pesar de que las normas del concurso contemplan esa posibilidad, es decir, no pueden alegar a su favor la negligencia en el uso adecuado de los medios de defensa que tenían a su alcance para cuestionar el acto censurado; (ii) que el accionante, allego prueba, con resultado positivo para el Virus Coronavirus (COVID 19) (iii) que el accionante no fundamento en el escrito tutelar, en qué consiste el perjuicio irremediable que habilita excepcionalmente el amparo constitucional y por qué se justifica la intervención del juez de tutela, no obstante a ello, es también cierto que, (iv) en la Sentencia C-145 de 2020^[83], la emergencia sanitaria causada por el COVID-19 es un hecho sobreviniente y extraordinario que ha tenido un impacto considerable en la salud pública del país, en la medida tal que la prueba de conocimientos, comporta característica eliminatoria, es decir, la inasistencia a la misma representa la exclusión automática del proceso de selección en el cual participaba.

Sumado a ello, desde las mismas reglas del concurso no existe o se avizora regulado, el tramite que se debe surtir, para que en los eventos catalogados como “justificables” de no asistencia a la prueba de conocimientos, dejando únicamente una postura ABSOLUTA, la cual conllevaba a la eliminación del aspirante o concursante, esto es, la imposibilidad de continuar con el proceso de lección. Esa situación pudo ser prevista por los accionado, quien fue enterado de la excepción que aconteció para con el señor EDWIN ARCESIO MOSQUERA.

Ahora bien, no debe perderse de la óptica de este deshace que, es claro que el país está atravesando por una emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. Según datos de la Organización Mundial de la Salud, para el 1º de junio de 2020, el virus había cobrado más de 370.000 vidas en todo el mundo, y para el mes de Junio de 2021, dicha cifra se sitúa en 4.5 millones; lo que, sumado a su nivel de contagio, hace que la enfermedad siga siendo catalogada como una pandemia^[85].

Por ende, es indudable que las medidas excepcionales buscan que todas las instituciones del Estado, De manera que, también contribuye a la efectividad de las medidas de salud pública tomadas a lo largo de la emergencia, como por ejemplo, el aislamiento social, pues no es de recibo, que ante tal particularidad, y como se cerciora el despacho en la respuesta No 20212110779771 de 11de junio de 2021, por parte de la CNSC, donde a manera de decisión absoluta, se señala que:

“Frente a las personas que no puedan asistir el día de la presentación de las pruebas escritas, por ser casos positivos de COVID 19 comprobados, se informa que en sesión de comisión del 13 de enero de 2021, la sala plena de la CNSC decidió por unanimidad aprobar que dichas situaciones relacionadas con los contagios del COVID 19 o con síntomas de aspirantes que no puedan presentar las pruebas escritas, serán atendidas de igual forma a otras situaciones de enfermedad o similares y por tanto la inasistencia a la prueba implica un retiro automático del proceso de selección, sin que sea posible aplicar en una fecha distinta a la establecida”

llama la atención de la judicatura tales decisiones, que comportan como imperiosas y absolutas, lo cual desde todo plano, además de ser mal visto constitucionalmente, desconoce el impacto que durante este último año, ha causado la pandemia Coronavirus (COVID 19), donde es cierto, que se percibe un vacío por parte de la CNSC, en cuanto al manejo de este tipo de casos tan especialísimos, y donde como ha bien lo señalo, el accionante, su no comparecencia fue fruto de cuidar de su salud, y por sobre todo, evitar el contagio masivo para con los demás aspirantes a dicha prueba escrita, no con ellos la parte accionante, sin estudios previos, sin tener a su alcance un protocolo de atención de tales eventos, determine o catalogue como una enfermedad común, al coronavirus (COVID 19).

En efecto, El artículo 64 del Código Civil Colombiano establece que *“se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*.

La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor.

Por lo tanto, tales circunstancia acaecidas, se pueden determinar como impredecibles, un evento que surge del interior de la persona, como en este caso, una enfermedad catalogada como Pandemia, donde su contagio, no solo se procuró para preservar su salud y su vida misma, sino que además, en aras de proteger el derecho a la vida de los demás conciudadanos, y o ser propagada, tuvo que obtenerse de asistir a dicha prueba escrita para evitar tal contagio, pues otro hubiese sido el panorama, si el ahora accionante, a sabiendas de tal dictamen, asistiera a dicha citación, y tal como lo expone la parte accionante en su escrito dirigido al señor EDWIN ARCESIO, donde le recomienda permanecer en aislamiento o: *“se verá sujeto a sanción de tipo penal prevista en el artículo 368 del código penal”, entonces, por un lado catalogan dicho caso como habitual o común, y luego finalizan recomendado que guarde aislamiento para evitar incurrir en conductas punibles*”. Así, en respuesta a esto, el accionante fue castigado con ser exclusivo de dicho listado de aspirantes, dejando a la deriva tal esperanza.

Aplicación de la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991:

El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991¹³, establece la presunción de veracidad de los hechos presentados en la solicitud de amparo, ante la negligencia u omisión de las entidades accionadas de presentar los informes requeridos por el juez de tutela, en los plazos otorgados por el mismo. En este sentido, la Corte ha manifestado que:

“La presunción de veracidad consagrada en esta norma [Art. 20 Dec-ley 2591/91] encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias, bien que se dirijan a particulares, ya que deban cumplirlas servidores o entidades públicas¹⁴. Hecha la anterior precisión, la Corte ha establecido que la consagración de esa presunción obedece al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes que la Carta Política ha impuesto a las autoridades estatales (Artículos 2, 6, 121 e inciso segundo del artículo 123 C.P.).”¹⁵

En el trámite de la presente acción de tutela, mediante auto del 29 de Julio de 2018, la Judicatura ordenó a la CNSC, con el fin de que (i) que en el escrito de contestación, informe de manera detallada, que otros ciudadanos, presentaron bajo los mismos lineamientos, características y opción de sede, para proveer ese cargo o vacante OPEC- 84747 y que presentaron o asistieron a dicha citación en la fecha 13 de Junio de 2021., y (ii) a la mayor brevedad posible, sin superar el término de dos (2) días, entreguen puntual contestación a la acción de tutela instaurada, y en el mismo término rindan informe, acerca los hechos consignados en la demanda de tutela, además de aportar pruebas que tenga en su poder y solicite las que considere pertinentes.

En esa medida, y dado que no existe otra prueba que logre desvirtuar lo afirmado por el actor en la acción de tutela, en este caso para garantizar sus derechos fundamentales, opera la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991¹⁶, según la cual, a la luz de los principios de celeridad, inmediatez y buena fe que rigen la actuación judicial, ha de entenderse que si la entidad requerida por el juez no contesta la solicitud de pronunciarse sobre lo expuesto en la demanda, se presumen ciertos los hechos. Por lo tanto, en este caso se presume que al accionante se le negó a reprogramar la fecha de la prueba escrita para la convocatoria No. 84747 OPEC, aunque aquel informe que le fue diagnosticado POSITIVO para Coronavirus (COVID 19), por cuanto no existe ni se contempla por la parte accionada, un protocolo o acuerdo adicional de convocatoria, donde se tenga presente incorporar la regulación frente a la inasistencia de los concursantes

¹³ Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

¹⁴ Sentencia T-391 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵ Sentencia T-825 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Decreto 2591 de 1991. Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

que, por justa causa no puedan asistir a las distintas pruebas desarrolladas en los concursos de su competencia, con lo que se garantice el debido proceso e igualdad de los participantes dentro de las convocatorias adelantadas.

En síntesis, a título de conclusión, en el presente caso la acción de tutela se torna procedente porque el accionante no cuenta con otro medios de defensa judicial, además dicha solicitud de amparo comporta como mecanismo transitorio en procura de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, porque del trámite se extrae que con tal decisión, donde se excluye de dicho proceso de selección.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO LEGUIZAMO (PTYO)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE.-

PRIMERO: TUTELAR el derecho al debido proceso a favor del señor EDWIN ARCESIO MOSQUERA URRIAGO, vulnerado por parte de la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL (CNSC) conforme a los considerandos expuestos en la parte motiva de ésta providencia.

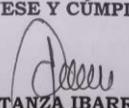
SEGUNDO.- ORDENAR al gerente y/o representante legal de la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL (CNSC) para que dentro del término de un (01) mes, direccionese, establezca, formule y desarrolle un plan de adecuación para la práctica de la prueba escrita de conocimientos dentro de la Convocatoria No 624 al 638-980 y 981 de 2018 para ser absuelta en examen de conocimientos al señor EDWIN ARCESIO MOSQUERA URRIAGO. En igualdad de criterios, deberá implementar como acuerdo adicional en convocatorias posteriores, en el evento que no exista, advirtiendo que durante el trámite tutelar, no se allego prueba alguna de ello, sobre el tratamiento y protólogo legal que se debe aplicar para la ocurrencia de caso como el que ocupo la atención del despacho,

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a los intervinientes en la forma más expedita, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del decreto 2591/91.

CUARTO: INDICAR a los extremos de la acción, que contra la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el Superior, en los términos previstos en el artículo 31 ibídem.

QUINTO: REMITIR por Secretaría en su oportunidad el expediente a la H. Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión, y, en el evento en que no sea impugnado este fallo (Arts.32 y 33 ejusdem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



AMANDA CONSTANZA IBARRA CERON
JUEZA.-

