



Acción de tutela No. 2019 - 00136

**JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO
Túquerres (N), dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).**

Se decide la acción de tutela interpuesta por la señorita LISBETH DANNGELY CALDERON RUANO, identificada con CC No. 1.193.149.698, domiciliada en el municipio de Sapuyes (N), frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, y en la que se vinculara al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y como terceros con interés legítimo a los aspirantes inscritos a la Convocatoria No. 335 INPEC Dragoneantes.

I. ANTECEDENTES:

1º. La petición de tutela.

La tutelante reclama amparo a los derechos fundamentales al *“debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública, confianza legítima, derecho a acceder a la información, derecho de petición”* (sic), los que considera vulnerados por la entidad accionada al calificar de forma insatisfactoria la prueba físico atlética que presentara en el marco de la Convocatoria No. 800 de 2018, relacionada con el concurso de méritos dispuesto para proveer cargos de dragoneante en el INPEC.

Señala que el 20 de septiembre hogaño se publicó el resultado de la prueba físico atlética que presentara el 21 de agosto anterior, el que por considerarlo discorde con el rendimiento motivó la formulación de la correspondiente reclamación denunciando irregularidades en la aplicación de la prueba, en concreto, que (i) no se tuvo en cuenta el decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.6.13 y siguientes, referentes a las reglas de validez, en particular, la identificación previa de los jueces y el registro y conservación de su ejecución en grabación magnetofónica, (ii) no existe ninguna justificación técnica para que la tabla de reglamentación de ejercicios otorgue mayor valor al número de los ejecutados por los hombres que por las mujeres, (iii) el juez a cargo de los ejercicios abdominales opta por aplicarlos sin apoyo en los pies, aumentando el grado de dificultad, (iv) se desconoció el contenido de la ley 845 de 2003, especialmente en el control al dopaje.

Indica que por las irregularidades denunciadas, solicitó a la entidad accionada, invocando el artículo 74 Constitucional, el acceso a la referida prueba, a su resultado y el concepto que justifique la calificación asignada por el juez, lo mismo que al medio magnetofónico en que se registrara su ejecución, pidiendo la reprogramación de la misma, recibiendo como respuesta una que omite informarle de fondo lo solicitado.

En la declaración que rindiera ante este juzgado, la accionante se ratifica en los hechos y peticiones de la tutela, solicitando adicionalmente ordenarse que la Comisión Nacional del Servicio Civil revise su caso, deje sin efectos el resultado de la prueba físico atlético procediendo nuevamente a ejecutarla y poder así acceder de nuevo a la convocatoria.

2º. Respuesta de la entidad accionada y vinculadas.

2.1º. El INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC respondió que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, siendo que por mandato constitucional, legal y funcional la responsabilidad de administrar y vigilar los sistemas específicos de los empleos de carrera corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil (artículo 130 Constitucional), por lo que solicitó su desvinculación de la tutela.

Asimismo, considera la improcedencia de la acción constitucional conforme a lo previsto en el artículo 6º numeral 1º del decreto 2591 de 1991, dada su naturaleza residual o subsidiaria, es decir, por existir otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, toda vez que la jurisdicción contenciosa administrativa cuenta con medios idóneos de protección a los derechos fundamentales de los administrados, entre los que se menciona las medidas cautelares que se pueden aplicar conforme a la ley 1437 de 2011 (C.P.C.A.), artículos 229 a 241.

Igualmente, se aduce la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuando las pretensiones son del resorte exclusivo de la C.N.S.C.

2.2º. La UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, obrando a través del Coordinador Jurídico de la Convocatoria 800 de 2018 INPEC, Dragoneantes, señala que la tutela es improcedente dado el carácter excepcional y subsidiario que la caracteriza, regla consagrada en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, donde se dispone la improcedencia cuando existan otros recurso o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

Además, se opone a la tutela, exponiendo que la accionante, luego de realizar las pruebas físico-atléticas, tal como lo dispone el acuerdo No. 2018000006196 de 2018, tuvo acceso a la tabla de calificación individual de la prueba el mismo día, esto es, el 21 de agosto de 2019, tal como se verifica con el acta que firmara.

En cuanto al derecho de petición presentado por la aspirante, en lo que tiene que ver en el resultado de la prueba en mención, el que se publicara a través de la página web de la CNSC y las posibles inconsistencias que pudieron haber ocurrido en la misma y la incidencia en el resultado, responde la entidad explicando que todo lo concerniente a la Convocatoria 800 de 2018 para proveer cargos de dragoneantes en el INPEC, se ha realizado de conformidad con la Constitución, la ley 909 de 2004 que tiene que ver con los principios de la función pública y el Acuerdo que rige el concurso, donde se encuentra estructurado el proceso y las etapas del mismo, debiendo también tenerse en cuenta que al momento de la inscripción a la convocatoria los aspirantes aceptaban las condiciones contenidas en ella.

Asimismo, la entidad educativa indica el objetivo de la prueba físico-atlética, el respaldo normativo de la misma, su forma de calificación entre cero (0) y cien

(100) puntos, precisando que los aspirantes que no superen el mínimo aprobatorio de setenta (70) puntos, por tratarse de una prueba de carácter eliminatorio, no continuaran con el proceso de selección, que es lo que aconteciera con la accionante, al obtener un puntaje inferior a setenta (70).

Concluye que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la actora, considerando que la tutela no es el mecanismo para debatir situaciones surtidas dentro del proceso para proveer los empleos del concurso de la Convocatoria 800 de 2018, citando basta jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, solicitándose negar las pretensiones incoadas.

2.3°. La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, a través de su oficina jurídica considera improcedente la tutela, al no configurarse el principio de subsidiaridad consagrado en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Además, señala que la accionante reprocha normas contenidas en el Acuerdo que rige la Convocatoria 800 de 2018 para proveer cargos de Dragoneantes en el INPEC, no siendo la tutela el mecanismo idóneo para controvertir el acto administrativo correspondiente, por existir al alcance de la demandante los medios de control previstos en la ley 1437 de 2011 (C.P.C.A.), enfocados a controvertir la calificación asignada a la prueba físico-atlética, que en últimas motiva a formular la acción de tutela.

Finaliza aduciendo que no existe demostración del perjuicio irremediable que le ocasione el resultado de la prueba aplicada.

2.4°. En cuanto a los terceros con interés legítimo, es decir, los aspirantes inscritos a la Convocatoria No. 800 de 2018 Dragoneantes INPEC, personas vinculadas al trámite mediante el auto de inicio del trámite de fecha 5 de noviembre 2019, enterados mediante publicación en página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se pronunciaron sobre la tutela.

3°. Acervo probatorio.

Se cuenta con los siguientes medios de prueba:

- a). Derecho de petición presentado por la accionante LISBETH DANNGELY CALDERON RUANO ante la CNSC (fs.6-7).
- b). Respuesta al derecho de petición sobre los resultados de la prueba físico atlética por parte de la CNSC de fecha 11 de octubre de 2019, (fs.8-15).
- c). Declaración a la demandante, dando a conocer similares hechos a los ya desglosados (fs.19-20).
- d). Fotografía del acta de sesión por sitio, acceso a la prueba, firmada por la accionante (f.34).

f). Acuerdo No. 201800000 de 12 de octubre de 2018, donde se establecen las reglas del concurso Convocatoria No. 800 de 2018 Dragoneantes INPEC (fs. 48-49).

g). Guía para la aplicación de la prueba físico atlética (fs.54-60).

II. CONSIDERACIONES:

1º. La acción de tutela.

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

De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha deducido que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de i) la legitimación en la causa, ii) un ejercicio oportuno (inmediatez) y iii) un carácter subsidiario respecto de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se trate de un supuesto de perjuicio irremediable.

Según la metodología adoptada por la Corte al decidir en sede revisión acciones de tutela, es preciso examinar los anteriores requisitos para luego plantear el problema jurídico relacionado con el amparo a derechos fundamentales, deprecado por las señoras accionantes.

2º. Legitimación en la causa.

La legitimación activa, por determinación expresa de los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, se encuentra estructurada en la accionante LISBETH DANNGELY CALDERON RUANO, quien está legitimada para solicitar amparo a los derechos fundamentales que considera conculcados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la forma indebida como considera se ha reglamentado el concurso de méritos concerniente a la Convocatoria 800 de 2018, para proveer cargos de Dragoneantes del INPEC, y en particular, con el resultado de la prueba físico-atlética realizada en el marco de dicho concurso.

Por su parte, la referida entidad y las demás vinculadas, se encuentran legitimadas por pasiva para afrontar la tutela; la primera como responsable del manejo y administración del concurso, a la que se acusa como principal responsable de las afectaciones a derechos fundamentales; el INPEC, por tratarse de la entidad nominadora de los cargo a proveer; y la Universidad de

Pamplona, por ser la entidad de educación superior contratada para la implementación, ejecución y validación de las distintas pruebas que conforman el concurso.

3°. La inmediatez.

Es esta uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela, de modo que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo, bajo el entendido que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En el presente caso, el requisito de inmediatez se cumple toda vez que la tutela se enfoca específicamente a cuestionar el resultado insatisfactorio obtenido en la prueba físico-atlética, el que motivara la eliminación de la accionante del proceso de concurso inherente a la Convocatoria 800 de 2018, correspondientes al concurso de méritos para proveer cargos de dragoneante del INPEC, resultado que se conoce o se entera a la aspirante, el 20 de septiembre de 2019, por lo que se considera que la tutela, al presentarse el 1° de noviembre de 2019, lo ha sido dentro de un plazo oportuno y razonable.

4°. La subsidiariedad.

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

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

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

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus

derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

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

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

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

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

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

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

En primer lugar, estableció que el daño debe ser *inminente*, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez

constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser *urgentes y precisas* ante la posibilidad de un daño *grave* evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

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

De otro lado, como la Corte lo ha sostenido reiteradamente, es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, ello no exonera a los jueces del deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental; es decir que no habría lugar a conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario (T-702 de 2000).

De lo anterior se deduce que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas (T-131 de 2007) para que así el juez pueda conceder el amparo con la convicción de que existe la afectación a amenaza de la garantía fundamental. No obstante, también se ha reconocido que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

No obstante, la Corte también ha destacado el deber del juez de ordenar pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones, debiendo entonces el funcionario judicial adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, intervención que permite la máxima efectividad de la norma Superior.

En la sentencia T-571 de 2015, la Corte precisó que la informalidad que caracteriza la tutela no exonera al juez del deber de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso, resaltando que su decisión *“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”*.

5°. Análisis del principio de subsidiaridad en el presente caso.

De entrada, se advierte que en este caso no se cumple el principio de subsidiaridad, dado que existe un mecanismo de defensa judicial oportuno, idóneo y eficaz para la solución del asunto que origina la presunta vulneración a los derechos fundamentales que la accionante considera conculcados.

En efecto, aplicando al presente caso el precedente judicial antes desglosado, se tiene que la tutelante, según como de manera expresa lo plantea en el escrito de tutela, cuestiona el acto administrativo que reglamenta la convocatoria al concurso por contravenir normas legales y constitucionales, echando de menos que para ello el legislador tiene diseñado preciso mecanismo de defensa judicial que lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del cual puede hacer uso de las medidas cautelares que regulan los artículos 229 a 241 del C.P.C.A., una de ellas la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo (artículo 230 numeral 3º) que reglamenta el concurso "Proceso de Selección No. 800 de 2018 - INPEC Dragoneantes", es decir, el Acuerdo No. CNSC – 20181000006196 del 12-10-2018, y en particular los del acto administrativo que contiene la evaluación o calificación de la prueba físico-atlética realizada a la tutelante, medida cautelar, sin duda, idónea y eficaz para la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo, cuya vulneración o amenaza se endilga a la entidad tutelada.

En conclusión, al tener a su alcance la demandante el ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa como mecanismo de defensa idóneo y eficaz para la protección al derecho fundamental al debido proceso administrativo que considera vulnerado por la CNSC y al dejar de utilizarlo, la improcedencia de la tutela buscando el mismo objetivo surge de bulto, improcedencia que se reafirma dado que se acude a la acción constitucional de manera directa y no como mecanismo transitorio, lo cual torna inoficioso el examen de la posibilidad de que se le esté ocasionando algún perjuicio con viso de irremediable, perjuicio que dicho sea de paso no se mira configurado y menos acreditado en el presente caso.

Por último, tampoco se avizora afectación al derecho fundamental de petición y al de acceso a información, toda vez que la entidad accionada respondiera de fondo y de manera congruente, a lo solicitado por la demandante mediante la reclamación elevada ante la CNSC, relacionada con la evaluación de la prueba físico-atlética realizada, sin que la respuesta desfavorable a sus intereses, en el sentido de no acceder a reprogramar la práctica de la prueba, pueda considerarse como vulneración a esos derechos.

En definitiva, entonces, la tutela será declarada improcedente, por inobservancia del principio de la subsidiaridad y por no encontrar que la entidad accionada y las vinculadas, sean causantes de transgresión a los derechos fundamentales invocados por la señorita accionante.

III. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

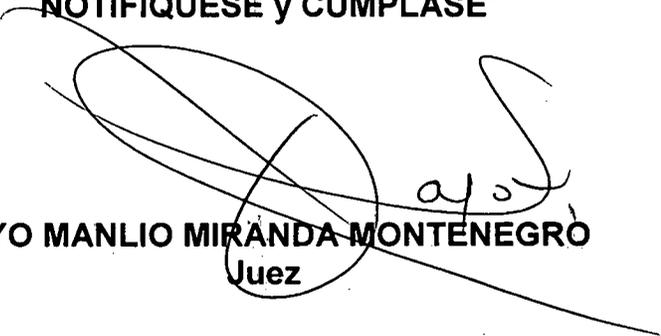
1°. NEGAR por improcedente la acción de tutela presentada por la señorita LISBETH DANNGELY CALDERON RUANO, frente a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y en la que fueren vinculados el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y como terceros con interés legítimo los aspirantes inscritos a la Convocatoria No. 800 DE 2008 INPEC Dragoneantes.

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

3°. ORDENAR a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC NOTIFICAR** del presente fallo a los terceros con interés legítimo, a todos los aspirantes inscritos en la Convocatoria 800 de 2018 INPEC DRAGONEANTES, a través de la página web oficial www.cnsc.gov.co y/o el medio por el cual se hubiera comunicado a los particulares de la citada convocatoria, para que sea de su conocimiento el presente fallo. La Comisión allegará copia de la publicación de lo dispuesto en este auto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO
Juez

