

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO DE MENORES
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
POPAYAN -CAUCA-**

19001-31-85-001-2021-00028-00

SENTENCIA No. 25

Popayán, Cauca, abril veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Resuelve el Despacho la **ACCION DE TUTELA** instaurada por la señora **LADY AMPARO PÉREZ HURTADO**, contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC**, y vinculadas por pasiva la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBIO - CAUCA** y a las **PERSONAS INSCRITAS EN EL PROCESO DE SELECCIÓN No. 990 A 1131, 1135, 1136, 1306 A 1332 -TERRITORIAL 2019 - OPEC 78477**.

RESUMEN PROCESAL:

LA ACCION INCOADA:

La señora LADY AMPARO PÉREZ HURTADO señala que se desempeña en provisionalidad como Técnico Administrativo Código 367 - Grado 14 en el municipio de Timbío, Cauca, desde el 1 de enero de 2001. Añade que actualmente se encuentra en licencia de maternidad desde el 28 de febrero de 2021.

Afirma que se inscribió en la Convocatoria Territorial 2019 No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019, implementada mediante Acuerdo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes a la alcaldía municipal de Timbío. Agrega que el 8 de enero del 2021, radicó un derecho de petición a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, manifestándoles que en la fecha programada para la prueba estaba dentro de la posible fecha de parto, esperando una respuesta en protección a sus derechos, y no perder la oportunidad de acceder a la carrera administrativa.

Indica que el 13 de enero del mismo año, la entidad accionada mediante oficio No. 20212110019221 le informó las consecuencias de no presentarse a la prueba según lo estipulado en el acuerdo de la convocatoria, sin dar respuesta de fondo a su solicitud y mostrando una total indiferencia frente a su embarazo y posible parto en la fecha de la prueba.

Manifiesta que el 19 de febrero del 2021, le notificaron a través de correo electrónico la fecha y lugar para la presentación de la prueba escrita, a la cual no pudo asistir, toda vez que el 28 de febrero de 2021, fecha de presentación del examen, nació su hija, configurándose la imposibilidad real y física de acudir a la presentación de la prueba.

PRETENSIONES

Solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, OPORTUNIDAD, AL TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS POR CONCURSO DE MÉRITOS y en consecuencia, se ordene a la CNSC, que le programe y le realice la prueba correspondiente, notificándole la fecha de la presentación del examen, y que suspenda la publicación de la lista de elegibles.

TRAMITE DEL CASO

La tutela fue admitida por auto del 16 de abril de 2021, en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC**, vinculándose por pasiva a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBIO - CAUCA** y a las **PERSONAS INSCRITAS EN EL PROCESO DE SELECCIÓN No. 990 A 1131, 1135, 1136, 1306 A 1332 - TERRITORIAL 2019 - OPEC 78477**, con el fin de determinar si se presenta acción u omisión que pueda afectar los derechos fundamentales reclamados. Así mismo, se ordenó correr traslado a las mencionadas entidades y a las personas vinculadas por el término de dos (2) días para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

POSICIÓN DE LA PARTE ACCIONADA Y VINCULADA:

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA.- El Coordinador Jurídico de Proyectos de la Fundación Universitaria, señala que su representada es únicamente competente para atender las reclamaciones, derechos de petición y acciones judiciales dentro de las etapas de verificación de requisitos mínimos, pruebas escritas y valoración de antecedentes, cumpliendo con los principios rectores de la Convocatoria y en el tiempo establecido en el cronograma.

Indica que la actora cumple con los requisitos mínimos de estudio y experiencia requerida por la OPEC 78477, por lo que su estado en el proceso de selección es de ADMITIDO.

Refiere que en cumplimiento a lo señalado en el artículo 2 del Decreto 1754 de 2020, la CNSC llevó a cabo las pruebas escritas el domingo 28 de febrero del año en curso, tomando como base de bioseguridad el Protocolo General de Reclutamiento de Bioseguridad, adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020 y sus modificatorios. Agrega que la señora AMPARO PÉREZ fue citada por la CNSC y por su entidad a través del Sistema-SIMO para presentar las pruebas escritas sobre competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales realizadas el pasado 28 de febrero de 2021, tal como se realizó para los 108.990 aspirantes admitidos en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos.

Manifiesta que debe tenerse en cuenta que las convocatorias públicas se enmarcan dentro de un principio de igualdad que exige para su entidad dar aplicación a los términos del Acuerdo Rector para la totalidad de aspirantes, sin hacer distinción de las circunstancias subjetivas que presentan estos de manera individual, ya que debe ponderar el interés general sobre el particular asegurando la imparcialidad de todo el proceso de selección. Añade que es imposible para su representada aplicar una prueba escrita atendiendo las situaciones particulares de cada uno de los aspirantes admitidos (108.990 aspirantes citados a pruebas) ya que es obligación adelantar la convocatoria dentro de criterios de imparcialidad y objetividad.

Expone que dar un trato diferencial a cualquier aspirante respecto de la aplicación de la Prueba Escrita sobre Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales generaría un despliegue logístico y organizacional adicional al proyectado que implicaría costos no previstos al patrimonio público que se destinó para el proceso de selección “Convocatorias 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 –Territorial 2019”.

Resalta que las actuaciones judiciales deben tener en cuenta no solo la aplicación del derecho que en este caso genera desequilibrio y ecuanimidad entre los concursantes admitidos al presente proceso de selección, sino que deben contemplarse las lesiones graves al erario público, los riesgos de seguridad y de salud en el que incurren los funcionarios que deben romper la cadena de custodia de la prueba para adelantar una actuación que desde el punto de vista organizacional resulta lejana de la planeación presupuestal.

Afirma por último después de hacer un recuento sobre la subsidiaridad, la órbita del juez constitucional, el debido proceso, la confianza legítima, la igualdad sustancial e igualdad de oportunidades, la prevalencia del interés general sobre el interés particular, el derecho al trabajo, el acceso a cargos públicos y la libre escogencia de profesión u oficio, que no ha existido violación a ningún derecho fundamental o norma constitucional, legal ni reglamentaria, como tampoco a los derechos alegados por la accionante, por lo que solicita se niegue el amparo deprecado o se declare la improcedencia de la presente acción.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.- El Asesor Jurídico de la entidad señala que, la presente acción de tutela es improcedente toda vez que la censura que hace la accionante recae sobre las normas contenidas en los acuerdos reglamentarios del concurso y las normas que lo regulan, frente a lo

cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir dicho acto administrativo; razón por la cual, la tutela no es la vía idónea para cuestionar su legalidad, ya que ésta no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, toda vez que no existió el perjuicio irremediable en relación con la Aplicación de Pruebas Escritas de los Procesos de Selección Nos. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 -Convocatoria Territorial 2019-, prevista en ejercicio del concurso de méritos, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Indica que la CNSC adelantó en coordinación con las diferentes entidades Departamentales que conforman el concurso de méritos, la etapa de planeación del Proceso de Selección a fin de proveer por mérito los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva pertenecientes a sus plantas de personal. Añade que los acuerdos reglamentarios del concurso de méritos, contienen los lineamientos generales que direccionan el desarrollo del proceso de selección No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 -Convocatoria Territorial 2019, para la provisión de los empleos de carrera administrativa pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de las Diferentes entidades Departamentales, el cual, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es norma reguladora del concurso y obliga a la CNSC, como a la entidad convocante y a sus participantes.

Afirma que la accionante cumple con los requisitos mínimos de estudio y experiencia requerida por la OPEC 78477, por lo que su estado definitivo de la etapa de verificación de requisitos mínimos es admitido. Agrega que la CNSC el día 08 de febrero del año en curso, informó que, a partir del 19 de febrero de 2021, los aspirantes podían consultar a través de la página www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO, la hora y sitio de aplicación de las pruebas escritas que se llevarían a cabo el 28 de febrero de la misma anualidad.

Manifiesta que las pruebas escritas se realizaron el domingo 28 de febrero de 2021 para todos los aspirantes admitidos a la mencionada Convocatoria, la cual se enmarca dentro del principio de IGUALDAD que exige para su entidad dar aplicación a los términos del Acuerdo Rector para la totalidad de aspirantes, sin hacer distinción de las circunstancias subjetivas que presentan estos de manera individual, ya que debe ponderar el interés general sobre el particular asegurando la imparcialidad de todo el proceso de selección, por lo que le es imposible a su representada aplicar una prueba escrita atendiendo las situaciones particulares de cada uno de los aspirantes admitidos, por cuanto es su obligación adelantar la convocatoria dentro de criterios de imparcialidad y objetividad.

Refiere que de considerarse las situaciones particulares en una aplicación a nivel nacional como lo fue la programación de más de 108.000 aspirantes en 24 ciudades capitales, constituiría la necesidad de llevar a cabo actividades no solo de aplicación sino de Diseño, Construcción, Diagramación y ensamble de pruebas escritas, toda vez que es necesaria la construcción de una prueba equivalente a la aplicada el 28 de febrero de 2021, lo que generaría costos no previstos al patrimonio público que se destinó para el proceso de selección.

Resalta que una consideración especial frente a los aspirantes en situación de comorbilidad o covid positivo no pueden ser evaluadas de una manera diferente a quienes por alguna otra circunstancia de salud, personal o familiar no pudieron asistir a la prueba, por lo que consideraciones de índole particular pone en riesgo no solo el desarrollo financiero de la Convocatoria sino también la valoración de otras circunstancias concretas que pudieran presentarse en este proceso y en otros masivos.

Expone de acuerdo a la normatividad aplicable al caso la Sala Plena de Comisionados en Sesión Ordinaria de 13 de enero de 2021, como consta en el acta N° 001 consideró: “(...) *Pretensión: El Comisionado Frídole Ballén Duque, informa a la Sala Plena de Comisionados que en su Despacho están llegando peticiones relacionadas con la posibilidad de que los aspirantes contagiados con el COVID-19 o con síntomas, puedan presentar las pruebas escritas, en una fecha distinta a la establecida, a las cuales se les está contestando, como se ha contestado históricamente esta clase de peticiones en la CNSC, en el sentido que los procesos de selección implican un número grande de participantes y que las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito por las que pase un aspirante no puede afectar el proceso de selección en su totalidad por el interés público que él implica en relación con el gran número de participantes, por lo tanto, si algún aspirante llegase a encontrarse en esa situación, se entiende que sino se presenta el día de la prueba escrita, implica un retiro automático de dicho proceso de selección, razón por la cual propone que se unifique la respuesta en los tres (3) Despachos, lo cual es aprobado por la Sala Plena.*

Decisión: Los señores Comisionados deciden por unanimidad aprobar que las peticiones relacionadas con los contagiados del COVID-19 o con síntomas, de los aspirantes que no puedan presentarse a las pruebas escritas y soliciten que se les aplique en una fecha distinta a la establecida, se deben responder como se responden las peticiones frente a otras situaciones de enfermedad o similares, lo cual implica un retiro automático del proceso de selección. (...)”

Aclara que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria es una norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligadas tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca al concurso y todos los participantes incluso antes de su inscripción, por lo que previamente conocen que en caso de inasistencia no se contemplan las pruebas supletivas o posteriores a las fechas asignadas.

Indica que las actuaciones judiciales deben tener en cuenta no solo la aplicación del derecho que en el presente caso genera desequilibrio entre los concursantes admitidos al proceso de selección, sino que deben contemplar las lesiones graves al erario público, los riesgos de seguridad y de salud en el que incurren los funcionarios que deben romper la cadena de custodia de la prueba para adelantar una actuación que desde el punto de vista organizacional resulta lejana de la planeación presupuestal, y que el fallo proferido además de incurrir en una posible vía de hecho, sería carente de soporte jurídico, y no contaría con soporte financiero.

Por último asevera que la accionante, con su inscripción a la Convocatoria, tan solo contaba con la expectativa de acceder a una de las vacantes ofertadas, ya que no puede entenderse que por la sola inscripción adquirió derechos particulares y concretos frente al empleo, por lo que no puede hablarse del derecho al trabajo de la accionante, pues tal vulneración solo podría originarse en el caso de haber sido nombrada en el empleo por el que

participaba en el concurso de méritos.

De acuerdo con lo anterior solicita que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de su entidad.

EL MUNICIPIO DE TIMBIO y las demás PERSONAS VINCULADAS, no comparecieron a la presente acción, a pesar de que fueron debidamente notificadas.

LAS PRUEBAS OBRANTES EN AUTOS:

De la parte accionante.

La señora **LADY AMPARO PÉREZ HURTADO**, con la tutela anexa los siguientes archivos en PDF:

- Cédula de ciudadanía
- Oficio de fecha 8 de enero de 2021, dirigido a la CNSC por parte de la accionante.
- Oficio de fecha 13 de enero de 2021, dirigido a la actora, por parte de la Gerente Convocatoria Territorial 2019 de la CNSC.
- Pantallazo de la Citación para la aplicación de la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de los Procesos de Selección Nos. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 - Territorial 2019.
- Constancia laboral de la actora
- Historia clínica de la accionante del 28 de febrero de 2021.
- Registro civil de nacimiento de MARÍA PAULA FAJARDO PEREZ.

De la parte accionada.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.- El Asesor Jurídico de la Entidad aporta los siguientes archivos en PDF:

- Oficio del 12 de febrero de 2021, dirigido a la señora YUDY ASTRID CAMARGO RAMIREZ, por parte de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.
- Oficio del 21 de enero de 2021 dirigido al DEFENSOR DEL PUEBLO, por parte del COMISIONADO DE LA CNSC.
- Guía de orientación al aspirante - Pruebas Escritas - Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales.
- Ficha Técnica - limpieza y desinfección.
- Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.
- Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020.
- Resolución No. 666 del 24 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

C O N S I D E R A C I O N E S:

1. LA ACCION DE TUTELA

1.1 DE LA COMPETENCIA:

Este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y el artículo 2.2.3.1.2.1., del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021).

1.2 DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La tutela es una acción constitucional cuya legitimidad por activa está radicada en la persona cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o, excepcionalmente, del particular en los casos que señale la ley.

De acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada quien actuará por sí misma o por medio de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos.

En el presente caso la accionante es la señora **LADY AMPARO PEREZ HURTADO**, persona mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.658.764, quien actúa a nombre propio, verificándose la legitimación por activa.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, así como en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o particular. En este caso, la demanda se dirige contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, entidad a la cual se le atribuye la responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales aducidos por la accionante, verificándose la legitimación por activa.

Así mismo, teniendo en cuenta que le corresponde a la autoridad judicial desplegar toda su atención para determinar la posible vulneración de los derechos fundamentales aducidos por la parte accionante, convocando por activa y por pasiva a todas las personas que se encuentren comprometidas en la parte fáctica de la acción¹, se procedió a vincular a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBIO – CAUCA** y a las **PERSONAS INSCRITAS EN EL PROCESO DE SELECCIÓN No. 990 A 1131, 1135, 1136, 1306 A 1332 –TERRITORIAL 2019 – OPEC 78477**, quedando debidamente integrado el contradictorio.

Una característica propia que exhibe este mecanismo constitucional es la de ser exceptiva, esto es, que sólo puede acudirse a ella o sólo procede cuando

¹ Sentencia SU-116 de 2018.

no existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De ahí su naturaleza restrictiva, subsidiaria o residual.

En el presente caso, la actora pretende que se ordene a la CNSC que le re programe la fecha para la aplicación de la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales del Proceso de Selección de la OPEC 78477, a la cual se inscribió, teniendo en cuenta que en la fecha en que se llevó a cabo la misma, no pudo asistir debido al nacimiento de su hija.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional en sentencia T-049-2019, indicó que:

“la acción de amparo, en principio, no procede para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, salvo en los siguientes casos:

- Cuando la persona afectada no tenga mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional.*
- Cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción”*

De igual forma en la citada sentencia el Alto Tribunal señaló que: *“el cronograma en mención es un aviso informativo y, si en gracia de discusión fuera considerado un acto administrativo, no sería susceptible de control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por tratarse de un acto de trámite...”*.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho considera que se cumple con el requisito de subsidiaridad, tornándose la acción de tutela como el mecanismo idóneo para estudiar de manera definitiva la posible vulneración de los derechos invocados por la accionante, como quiera que a la señora LADY AMPARO PEREZ HURTADO, no le era posible en sede administrativa formular reclamaciones frente a la fecha dispuesta para la aplicación de la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, toda vez que el Acuerdo No. CNSC – 20191000000676, por el cual se convocó al concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema general de carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de TIMBIO (CAUCA), no dispuso nada al respecto, así como tampoco cuenta con otro mecanismo judicial para cuestionar la fecha de la aplicación de la prueba, tal como quedó expuesto en la mencionada jurisprudencia y a la fecha aún no existe lista de legibles.

Aunado a lo anterior, se tiene que la actora es un sujeto de especial protección, toda vez que al momento de los hechos se encontraba en estado de embarazo y actualmente se encuentra en periodo de lactancia, por lo que merece un trato especial acorde con su situación.

El artículo 86 de la Carta Política, dispone que la acción de tutela está prevista para la protección inmediata de los derechos fundamentales, “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. De acuerdo con dicha regla, la jurisprudencia ha señalado que la procedencia de la acción de tutela está sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez, “ello implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados”. En el presente caso, se observa que la actora interpuso la presente acción, dentro de un término razonable, ajustándose el requisito de inmediatez que se exige para la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la CNSC, llevó a cabo la aplicación de la prueba el 28 de febrero de 2021.

2. PROBLEMA JURIDICO:

Acreditados los requisitos de legitimación en la causa por activa y pasiva, subsidiariedad e inmediatez, corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso la CNSC, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la actora, al no reprogramarle la fecha para la aplicación de la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales del Proceso de Selección de la OPEC 78477, a la cual se inscribió, teniendo en cuenta que en la fecha en que se llevó a cabo la misma, no pudo asistir debido al nacimiento de su hija.

Para resolver el problema jurídico, se tendrá en cuenta la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional referente al derecho fundamental al debido proceso administrativo y a la igualdad en los concursos de méritos y la convocatoria como ley del concurso, y la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.

El derecho fundamental al debido proceso administrativo y a la igualdad en los concursos de méritos y la convocatoria como ley del concurso.

El concurso de méritos, como mecanismo del sistema de carrera, comporta “un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permite garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma del Estado social de derecho”². Dicho mecanismo permite, “mediante un procedimiento democrático, abierto, previamente conocido y reglado que los ciudadanos sometan a consideración de las autoridades su propósito de hacer parte de la estructura administrativa, mediante un análisis objetivo de su perfil profesional respecto de las necesidades para el ejercicio de una función, con lo cual se busca impedir tratamientos discriminatorios e injustificados en el acceso al servicio público”³.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, ha sido enfática en reiterar que “cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudir al concurso público para el nombramiento de los

2 Sentencia C-1230 2005; Sentencia C-1079 de 2002.

3 Sentencia C-645 de 2017; Sentencia SU-539 de 2012

respectivos funcionarios”⁴, con el objetivo de permitir: “(i) la participación en la competencia de todas las personas por igual; y (ii) elegir a los mejores candidatos para desempeñar las funciones previstas, en razón a sus méritos”⁵.

Así las cosas, el derecho a la igualdad en el concurso de méritos adquiere una connotación especial, de acuerdo a lo señalado en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, el cual establece que, todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado.

Frente al principio de igualdad de oportunidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado “que se refiere a las ocasiones de las personas para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía. De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva”⁶.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que, el derecho al debido proceso debe aplicarse sin excepción alguna en el concurso de méritos, pues conforme lo señala el artículo 29 Superior, su aplicación no es solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, al respecto la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha indicado que:

*“...la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.”*⁷

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, regula el sistema de carrera administrativa, y es norma reguladora de todo concurso, que obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas y a sus participantes, por lo tanto, las reglas establecidas en las convocatorias deben ser acatadas por los intervinientes, conforme lo ha precisado la H. Corte Constitucional al señalar:

“...el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los

4 Sentencia C- 1122 de 2005, Sentencia C-288 de 2014

5 Sentencia C-333 de 2012

6 Sentencia C-588 de 2009.

7 Sentencia T-442 de 1992, reiterada en sentencia C-341 de 2014

concurantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”⁸

En este orden de ideas, la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, 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 administrativa⁹. En este sentido la H. Corte en sentencia SU-913 de 2009 determinó 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, esta Sala de Revisión estima que si por factores 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 administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.”¹⁰

CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio la señora **LADY AMPARO PÉREZ HURTADO**, interpone acción de tutela, al considerar que la CNSC ha vulnerado sus derechos fundamentales a la IGUALDAD, AL TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS POR CONCURSO DE MÉRITOS, al no reprogramarle la fecha para la aplicación de la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de los Procesos de Selección №. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 - Territorial 2019 - OPEC 78477, teniendo en cuenta que en la fecha en que se llevó a cabo la misma, no pudo asistir debido al nacimiento de su hija.

La CNSC y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, después de hacer un recuento de lo sucedido en el presente caso, señalan que no han vulnerado derecho alguno.

⁸ SU 446 de 2011

⁹ Sentencia T-090 de 2013.

¹⁰ Ibidem

Ahora bien, para determinar si las entidades accionadas han transgredido los derechos invocados por la actora, se procederá hacer un recuento de lo sucedido, así:

- Mediante Acuerdo No. CNSC-20191000000676 del 04 de marzo de 2019, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Timbío (Cauca), Convocatoria No. 1083 de 2019 – Territorial 2019.
- La señora LADY AMPARO PÉREZ HURTADO, se inscribió a la OPEC 78477 de la mencionada convocatoria, siendo admitida, al cumplir con los requisitos establecidos para la mencionada OPEC.
- La CNSC en atención al Decreto 1754 de 2020 expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho y los protocolos de bioseguridad, programó la realización de la Prueba de Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de los Procesos de Selección No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 - Territorial 2019 - OPEC 78477, para el día 28 de febrero de 2021.
- El 8 de enero de 2021, la accionante elevó un derecho de petición a la CNSC, informándoles que se encontraba en embarazo y que para la fecha de la prueba era muy probable que naciera su hija, por lo que solicitaba le indicaran que podía hacer para no perder la posibilidad de concursar.
- Mediante oficio del 13 de enero de 2021, la CNSC contestó la petición de la actora, indicándole las reglas de la convocatoria, haciendo énfasis en que una de las causales de exclusión es no presentarse a las pruebas de carácter eliminatorio establecidas para el proceso de selección y que el aspirante en el momento que decide participar en la Convocatoria, acepta la totalidad de las reglas establecidas para la misma.
- El 28 de febrero de 2021, fecha en que se realizó la prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales del Proceso de Selección de la OPEC 78477, la accionante no pudo asistir toda vez que se encontraba en trabajo de parto.
- La CNSC señala que le es imposible aplicar una prueba escrita atendiendo a situaciones particulares de cada uno de los aspirantes admitidos, ya que es su obligación adelantar la convocatoria dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, y que dar un trato diferencial a cualquier aspirante respecto de la aplicación de la Prueba Escrita sobre Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales generaría costos no previstos al patrimonio público que se destinó para el proceso de selección “Convocatorias 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 – Territorial 2019”.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho considera que la CNSC con su actuar vulnera los derechos de la actora al ACCESO A CARGOS PUBLICOS y a la IGUALDAD, como quiera que no ha tenido en cuenta que la señora LADY AMPARO PÉREZ HURTADO, no asistió a la prueba por descuido o negligencia sino porque se encontraba en una situación de fuerza mayor que le impedía presentarse, ya que estaba en trabajo de parto, situación que la expuso a un estado de vulnerabilidad y desventaja frente a los demás concursantes,

quienes se encontraban en óptimas condiciones para presentar la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales del Proceso de Selección.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la H. Corte Constitucional, ha señalado que el sistema de carrera “... 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.**”¹¹ (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, para este Despacho es claro que la CNSC, está en la obligación de adoptar medidas para salvaguardar los derechos de la actora, a quien se le está dando un trato desigual frente a los demás concursantes, pues debe recordarse que el derecho a la igualdad implica la obligación de otorgar un trato diferenciado ante situaciones disímiles, tal como ocurre en el presente caso en que la tutelante se encontraba en una situación totalmente disímil a la de los demás concursantes que se presentaron a la prueba, y sin embargo, se le está coartando la posibilidad de seguir en el concurso, por razones patrimoniales, cuando desde un inicio la CNSC debió prever una solución a la situación de la accionante, en pro de respetar sus derechos y no obstaculizarle la oportunidad de seguir en el concurso, máxime en el presente caso en el que está de por medio un sujeto de especial protección como lo es la señora LADY AMPARO, quien al momento de los hechos se encontraba en estado de embarazo y actualmente se encuentra en periodo de lactancia, situación por la que muchas veces la mujeres han sido discriminadas y han perdido oportunidades en el campo laboral.

Debe resaltarse que no se comparten los argumentos señalados por la CNSC y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, cuando señalan que al darle la oportunidad a la actora de presentar la prueba, se le estaría dando un trato desigual a los demás concursantes, pues se itera que el derecho a la igualdad es objetivo y no formal; y se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, lo cual no han tenido en cuenta las accionadas, quienes deben velar por la aplicación efectiva de la igualdad material, en el sistema de carrera administrativa, como quiera que a través del mismo, se busca garantizar que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades.

Lo propio ocurre frente a las lesiones graves al erario público y los riesgos de seguridad y de salud alegados por las entidades accionadas, pues respecto al primero de ellos este Despacho reitera que al convocarse al concurso de méritos, la entidad convocante debe diseñar la Convocatoria de tal manera que permita el acceso a todos los concursantes en igualdad de oportunidades con el fin de cumplir con los principios que regulan el sistema de carrera y en cuanto al derecho a la seguridad y a la salud, debe tenerse en cuenta que, tal como lo indicaron las accionadas en sus respuestas, se deben acoger los protocolos de bioseguridad los cuales fueron aplicados al realizarle la prueba a los demás participantes.

¹¹ Sentencia C-319 de 2010, reiterado en sentencia T-180 de 2015.

Frente a lo anterior la H. Corte Constitucional ha señalado que:

“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.”¹²

Por otra parte en cuanto al derecho al trabajo invocado por la actora, se tiene que de los hechos y del material probatorio aportado no se observa su vulneración, por cuanto en las situaciones de acceso a cargos públicos dicho derecho se materializa cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual deviene su nombramiento y posesión, lo cual no ha sucedido en el presente caso, pues la convocatoria se encuentra en proceso.

Ahora frente a la solicitud de la actora referente a que se ordene la suspensión de la lista de elegibles, este Despacho considera que en el presente caso no es necesario, toda vez que a la fecha apenas se están publicando los resultados de la pruebas, por lo que no hay lugar a proferir la lista de elegibles hasta tanto no se agoten las etapas de la convocatoria.

Conforme con lo anterior se procederá a amparar los derechos fundamentales a la IGUALDAD y ACCESO A CARGOS PUBLICOS a la actora y se ordenará a la CNSC que en coordinación con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, cada una dentro de sus competencias, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, realicen los trámites pertinentes para realizarle la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de los Procesos de Selección №. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 - Territorial 2019 - OPEC 78477, a la señora LADY AMPARO PÉREZ HURTADO y se negará el amparo al derecho al TRABAJO y las demás pretensiones de la accionante.

D E C I S I O N:

En mérito de lo anterior, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DE MENORES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la IGUALDAD y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, a la señora **LADY AMPARO PÉREZ HURTADO**,

¹² Ibíd.

identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.658.764, de conformidad con las consideraciones realizadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que en coordinación con la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, cada una dentro de sus competencias, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, realicen los trámites pertinentes para realizarle la Prueba de competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de los Procesos de Selección No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 - Territorial 2019 - OPEC 78477, a la señora LADY AMPARO PÉREZ HURTADO

TERCERO: NEGAR el amparo al derecho al TRABAJO y las demás pretensiones de la accionante, de acuerdo con lo antes expuesto

CUARTO: ADVERTIR a la **CNSC** y a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA**, que el incumplimiento a esta orden judicial, podrá ser sancionado de conformidad con el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: NOTIFICAR esta providencia a las partes personalmente o por cualquier otro medio de comunicación previsto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por intermedio del Centro de Servicios Judiciales de esta unidad, GRUPO DE COMUNICACIONES quienes deberán rendir informe de su cumplimiento a la Secretaría del Despacho.

SEXTO: DISPONER la remisión electrónica del expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, en el evento de no ser impugnado, a través de Secretaria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZA,



CARMEN JIMENA GUZMÁN LÓPEZ