



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Distrito Judicial de Yopal
Juzgado Segundo Laboral del Circuito

Yopal, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación interna: 85 001 31 05 002-2021-00159-00

ASUNTO A RESOLVER:

Corresponde a este Despacho proferir fallo de tutela de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas reglamentarias, en el proceso de la referencia adelantado por **ANUAR HERNÁN PEÑA DÍAZ** en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**.

Fundamentos fácticos y de derecho en la demanda de la acción constitucional

Señala el accionante que se encuentra participando dentro de la Convocatoria No. 1066 del 2019 con el fin de proveer cargos en carrera dentro de la Alcaldía del Municipio de Yopal, Casanare; que el pasado 28 de febrero de 2021 presentó las pruebas escritas de competencias básicas, funcionales y comportamentales del concurso de méritos, previa admisión por cumplimiento de los requisitos mínimos de estudio y experiencia.

Relata que el 27 de abril del presente año se publicaron los resultados de la prueba antes aludida, obteniendo el accionante un resultado que le permitía continuar en la convocatoria, sin embargo, el 03 de mayo realizó reclamación y solicitud para acceder al cuadernillo de preguntas y respuestas, indicadores psicométricos y escenario de calificación de la prueba, ello con el fin de realizar reclamación frente a los resultados obtenidos.

Indica que el 25 de mayo del 2021, luego de haber accedido al cuadernillo de preguntas y repuestas, realizó complementación a la reclamación radicada bajo el Número 398804132, la cual fue resuelta por las accionadas, a través de escrito No. RECPET-9298 del 30 de junio de 2021, de manera negativa, respuesta frente a la cual el accionante manifiesta múltiples inconformidades, detallándolas de manera específica e indicando, pregunta a pregunta, el fundamento de su inconformidad frente a la calificación realizada por las accionadas.

Corolario de todo lo anterior y con fundamento en la argumentación realizada frente a cada pregunta que el accionante consideró erróneamente calificada y/o formulada, argumenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, han transgredido sus derechos fundamentales al debido proceso, a la información y al trabajo.

Pretensiones

Con fundamento en lo antepuesto, el accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la información y al trabajo y en consecuencia se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Fundación Universitaria del Área Andina que se eliminen las preguntas con múltiple respuesta y las que quedaron mal estructuradas, recalificando así el puntaje obtenido por el accionante y ordenando a las accionadas además que den contestación a la reclamación de fondo y de manera clara, oportuna y congruente.

Adicional a lo anterior, solicita que se suspendan los términos del concurso OPEC No. 76067 hasta tanto no se resuelva de fondo la reclamación presentada por el accionante.

Trámite procesal

La presente acción fue recibida en la Secretaría de este Despacho el pasado 06 de agosto del año que avanza y admitida mediante auto calendarado del 09 del mismo mes y año en el que además se ordenó la notificación de las accionadas, otorgándoles un término de 02 días hábiles para que replicaran el escrito introductorio y para que rindieran un informe de los hechos narrados en el escrito de tutela.

Además de lo anterior se le ordenó a la accionada Comisión Nacional del Servicio Civil publicar en su página web, así como en la secretaría de la entidad, la admisión de la presente acción para que todas aquellas personas que pudieran tener algún interés en las resultados de este trámite pudieran pronunciarse en el mismo dentro del día siguiente a aquel en el que se realizare la publicación señalada.

Contestación de la accionada Comisión Nacional del Servicio Civil.

Actuando a través de su Asesor Jurídico, la entidad accionada dio contestación al escrito tutelar indicando de manera principal que el ejercicio de la presente tutela se torna totalmente improcedente en virtud del principio de subsidiariedad que reviste a este tipo de acción constitucional, pues el peticionario no agotó los mecanismos administrativos con los que contaba a su alcance para controvertir el acto administrativo que ahora, vía constitucional, pretende desvirtuar. Sumado a lo anterior, indicó que el accionante no demostró dentro del plenario que existiera una inminencia, urgencia o el carácter impostergable del amparo tutelar que reclama.

Adicional a lo anterior, la accionada dio respuesta a cada una de las inconformidades expuestas por el accionante en el escrito introductorio frente a la calificación y/o formulación de las preguntas realizadas dentro del concurso de méritos OPEC No. 76067, aclarando y argumentando en cada una de ellas que las mismas se ciñeron estrictamente a las reglas de la convocatoria establecidas y publicadas de forma anterior a la presentación de la prueba cuyos resultados ahora se pretenden debatir.

Con fundamento en las razones antes señaladas la accionada alegó que sus actuaciones han estado estrictamente ceñidas a las reglas establecidas para la convocatoria No. 76067 y por tanto no se ha transgredido derecho fundamental alguno del accionante, sin que la acción de tutela pueda tenerse como un mecanismo idóneo para controvertir las decisiones que al interior del concurso de méritos se expidan, en tal sentido solicita que la presente tutela sea declarada improcedente y por tanto despachada desfavorablemente para el peticionario.

Contestación de la accionada Fundación Universitaria del Área Andina.

Actuando a través de su coordinador jurídico de proyectos, la Fundación Universitaria del Área Andina dio contestación al escrito tutelar señalando idénticos argumentos a lo esbozados por la también demandada Comisión Nacional del Servicio Civil.

En concordancia con lo anterior, la Fundación Universitaria replicó uno a uno los desacuerdos mostrados por el accionante frente a las respuestas y/o formulación de las preguntas correspondientes al concurso de méritos No. 76067 bajo los mismos parámetros explicados por la CNSC.

Igualmente señaló que el ejercicio de esta acción se torna totalmente improcedente por carecer el principio de subsidiariedad pues, en primera medida, el accionante cuenta con otros mecanismos legales para controvertir los actos administrativos comunicados a través de los oficios RECPET-9298 y RECPET-9298-1 y, en segunda medida, en el paginario no se demuestra el perjuicio irremediable o el riesgo inminente a algún derecho fundamental del accionante que haga procedente, de forma transitoria, el ejercicio de esta acción.

Adicionalmente indicó que bajo ninguna perspectiva puede el accionante considerar transgredido su derecho fundamental de petición pues sus escritos de reclamaciones fueron recibidos y tramitados oportunamente y a ellos se les dio resolución dentro de los términos legales, de fondo y de forma clara, precisa y congruente con lo solicitado.

Conforme a lo anterior, la accionada solicita que se declare improcedente el ejercicio de la presente acción y en consecuencia se nieguen todas y cada una de las pretensiones del accionante.

Consideraciones

Problema Jurídico

El problema jurídico en este asunto inicialmente se circunscribe a determinar si la acción de tutela cumple con todos los requisitos necesarios para su procedencia, en especial el referente a la subsidiariedad que debe revestir esta acción constitucional.

Una vez realizado el estudio antes señalado y en caso de encontrar respuesta positiva al interrogante planteado, deberá el Despacho entrar a determinar si las accionadas Comisión Nacional del Servicio Civil han transgredido los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y acceso a la información del accionante Anuar Hernán Peña Díaz al haber resuelto de forma negativa la reclamación realizada el pasado 03 de mayo de 2021 y complementada el 25 del mismo mes y año, frente a la calificación de las pruebas escritas realizadas dentro de la convocatoria OPEC No. 76067.

Legitimación activa: En el presente caso este presupuesto se cumple a cabalidad, pues es al accionante a quien le asiste el interés legal para reclamar por sus derechos aparentemente conculcados por las accionadas.

Legitimación pasiva: La acción de tutela se dirige contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, entidades del orden público y privado, con capacidad para ser parte en este trámite constitucional. Por lo tanto, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos de la accionante y se encuentran ejerciendo funciones de carácter público.

Inmediatez: Requisito que impone al accionante la carga de interponer la acción en un término razonable con respecto al acaecimiento del hecho que presuntamente vulnera el derecho; para el caso que nos convoca el acto administrativo que se reclama transgresor de los derechos fundamentales del accionante fue emitido el 30 de junio de 2021, por lo que el Despacho considera que el ejercicio de la acción constitucional se realiza dentro de un término prudente.

Subsidiariedad: El constituyente, al establecer la acción de tutela como de carácter constitucional, encaminada a defender únicamente derechos fundamentales que estuviesen siendo transgredidos, o se encontraran en peligro inminente de ser violados, le otorgo también características especiales encaminadas a que la tutela no se convirtiese, principalmente, en un medio de defensa general y corriente, sino que por el contrario fuese de carácter especial y tuviese una tramite preferente y ágil por las características de los derechos que busca proteger.

De esta manera, la acción de tutela es concebida como un mecanismo especial, preferente y subsidiario, encaminado a proteger derechos fundamentales de los ciudadanos del conglomerado social colombiano.

Así, cuando se le otorgó el carácter de subsidiario a la acción de tutela, lo que buscó el legislador es que se acudiera a esta cuando no existiese ningún otro mecanismo idóneo para proteger el derecho vulnerado o que se encontrara en peligro de ser conculcado, estableciendo así la tutela como última acción a ejercitar en caso de haber sido ejercidas las otras y no haber obtenido la protección solicitada o cuando existiendo otros

medios de protección estos no fuesen prácticos y carecieren de premura lo que conllevaría a que, de ejercitarlos, el derecho en peligro de vulneración fuese transgredido en el curso del proceso de la acción incoada, casos para los cuales se le dio también a la acción de tutela el carácter de cautelar.

En tal sentido se pronunció la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia T-063 del 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que delimitó los casos en los cuales procede la acción de tutela respecto del principio de subsidiariedad, estableciendo:

4.4.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley. Por lo demás, también señala que la acción de amparo constitucional sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.4.2. Por su propia naturaleza la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. Así las cosas, este carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

4.4.3. No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”, en este evento, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales.

En relación con el primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, “por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución pronta, por lo que la normativa admite que la acción de tutela proceda excepcionalmente. El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado. Esto significa que un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.”

En cuanto al segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental susceptible de realizarse y, a partir de ese momento, progresar hasta hacerse irreversible. Este amparo es eminentemente temporal como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes

términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, en búsqueda de un amparo transitorio, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

4.4.4. Finalmente, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”. (Resaltado del Despacho)

Caso Concreto

En el caso bajo estudio, observa el Despacho que la presente acción constitucional **carece del principio de subsidiariedad** necesario para su procedencia, motivo por el cual se advierte desde ya que el amparo tutelar habrá de ser negado **por resultar improcedente**.

En primer lugar, ha de señalar esta funcionaria que la vía constitucional no es la idónea ni la competente para el conocimiento de los hechos debatidos en la presente acción pues nótese que todo el asunto gira en torno a las pautas de calificación y formulación de preguntas realizadas dentro del concurso de méritos OPEC No. 76067, siendo ello de conocimiento natural del Juez Contencioso Administrativo quien es el operador judicial idóneo para verificar los reclamos realizados por el accionante pues cuenta con un procedimiento judicial ideado para ello, en el que además goza de los instrumentos judiciales, como medidas cautelares, para detener los términos del concurso OPEC No. 76067 en caso de considerarlo procedente, circunstancia que de tajo hace que esta acción de tutela se torne improcedente.

Aclarado lo anterior, nota esta Juzgadora que el accionante actualmente continúa dentro del concurso de méritos OPEC No. 76067, (como lo indica en el hecho cuarto del escrito de tutela) motivo por el cual no se observa en el paginario un perjuicio irremediable o un riesgo inminente e irreparable sobre los derechos fundamentales del peticionario pues en todo caso aún se encuentra dentro del proceso de selección de méritos, circunstancia que impide que la acción se torne procedente como medida transitoria para la protección de los derechos fundamental del accionante.

De otra parte, se observa en el paginario que a través de los oficios No. RECPET-9298 y RECPET-9298-1 del 30 de junio y 10 de agosto de 2021, respectivamente, la Fundación Universitaria del Área Andina, en coordinación con la CNSC, dio contestación de forma integral a los reclamos presentados por el accionante el 03 de mayo de 2021, ampliados el 25 del mismo mes, resolviendo cada uno y de forma detallada los reparos realizados

frente a las preguntas hechas en la prueba escrita, tal como se observa a folios 22 a 43 del documento No. 2 del expediente electrónico, siendo tales respuestas de fondo, claras y congruentes con lo solicitado por el accionante luego tampoco se observa una transgresión al derecho de petición del señor Peña Díaz.

Por el contrario, percibe esta operadora judicial que el accionante pretende, a través de la vía constitucional, controvertir las decisiones, de carácter técnico, adoptadas dentro de la convocatoria OPEC No. 67067 por parte de la Fundación Universitaria del Área Andina y la Comisión Nacional del Servicio Civil, circunstancia que escapa por completo a la órbita de conocimiento del juez de tutela pues existen otros mecanismos judiciales idóneos para controvertir este tipo de actos administrativos y porque en todo caso no se observa la transgresión, desde ninguna óptica, a los derechos al debido proceso, trabajo e información del accionante, pues las accionadas en todo momento han respetado el procedimiento previamente establecido para el desarrollo del concurso de méritos, el accionante aún se encuentra dentro del concurso pues superó las pruebas de conocimientos y, por último, las accionadas han puesto a su disposición la información por el requerida para el desarrollo de la argumentación de sus reclamaciones, las cuales han sido resueltas oportunamente y de forma congruente con lo solicitado.

Con fundamento en la exposición de argumentos antes realizada y en la jurisprudencia traída a colación en el acápite normativo de esta sentencia, esta funcionaria considera, como previamente advirtió el ejercicio de la presente tutela se torna totalmente improcedente por carecer del principio de subsidiariedad, pues no puede convertirse este mecanismo constitucional en un medio superpuesto al principal para controvertir actos administrativos, máxime cuando dentro del presente expediente tampoco se avizora, desde ninguna perspectiva, la ocurrencia de un daño inminente o un perjuicio irremediable para los derechos fundamentales del accionante que amerite la concesión transitoria del amparo tutelar deprecado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito De Yopal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

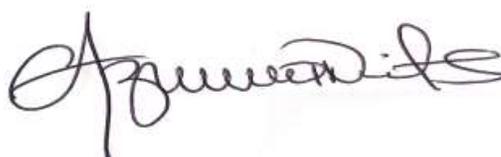
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional propuesta por **ANUAR HERNÁN PEÑA DÍAZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y la **FUNDACIÓN UNIVERSTIARIA DEL ÁREA ANDINA** de conformidad con lo fundamentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados por el medio más expedito y al Ministerio Publico. (Art. 30 y 31 Decreto 2591 de 1.991).

TERCERO: ORDENAR a la demanda publicar lo resuelto en la presente sentencia en la forma indicad en el ordinal tercero del auto calendado del 09 de agosto de 2021, a través del cual se admitió el presente trámite constitucional.

CUARTO: En caso de no ser impugnada esta decisión, remítanse las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FLOR AZUCENA NIETO SÁNCHEZ
Jueza