

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
**JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO**
Distrito Judicial de Cúcuta

Radicado N° 54001-3107-001-2021-00084-00

San José de Cúcuta, Dieciséis (16) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

Procede el Despacho a decidir esta **ACCION DE TUTELA** instaurada por **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA** actuando en nombre propio, contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO - ICA**, por la presunta violación de sus derechos fundamentales.

HECHOS:

Fueron esbozados por la parte actora como sigue:

“PRIMERO: *La Comisión nacional del Servicio Civil, dentro de la Convocatoria de empleo Nación 3, dio inicio al Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano agropecuario-ICA identificado como Proceso de Selección No. 1506 de 2020.*

SEGUNDO: *La planta de personal del ICA se encuentra distribuida en cinco Subgerencias, una de ella es la de Análisis y Diagnóstico, la cual a su vez contempla dos direcciones Técnicas: de Diagnóstico Veterinario y de Diagnóstico Agrícola*

TERCERO: *En la Dirección Técnica de Análisis y Diagnóstico Veterinario, las funciones de los empleos se centran en el Desarrollo, Diseño, Validación, Implementación, Supervisión y ejecución de pruebas de laboratorio para el Diagnóstico de enfermedades de control oficial en animales de especies productivas, funciones de total competencia de los profesionales en Bacteriología.*

CUARTO: *En el manual de funciones del ICA, modificado mediante Resolución 050075 de 29 de agosto de 2019, para la Dirección Técnica de Análisis y Diagnóstico Veterinario, se crearon múltiples “perfiles” para un mismo empleo (funciones iguales), en los cuales solo se cambian los requisitos en cuanto a Disciplinas académicas*

(...)

QUINTO: Para la Dirección Técnica de Análisis y Diagnóstico Veterinario, en la convocatoria modalidad ascenso, el ICA, **ofertó solamente ocho (8) empleos**, de los cuales **siete (7) son exclusivamente para profesionales de Medicina veterinaria, y uno (1) para profesionales en Bacteriología**, pese a que las funciones entre los mismos son semejantes

SEXTO: El día **1 de Febrero** del presente año, se publicó en el SIMO, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera- OPEC, de la modalidad de ascenso, el empleo **código 2028 grado 22, con número de OPEC 147342**, ubicado en la ciudad de Bucaramanga, el cual corresponde al descrito en **las páginas 356-357 del manual** de específico de funciones y competencias del ICA, Resolución 050075, cuyos requisitos en cuanto a las Disciplinas académicas **incluyen entre otros la Profesión de Bacteriología**.

SEPTIMO: El día **10 de febrero** la **OPEC 147342**, fue modificada sustancialmente, cambiando el empleo inicialmente ofertado, por un empleo de igual código y grado, con **“otro perfil” descrito en las paginas 358-360 del manual** de específico de funciones y competencias del ICA, en el cual los requisitos en cuanto a las Disciplinas académicas, **contemplan única y exclusivamente las profesiones de Medicina Veterinaria o Medicina Veterinaria y Zootecnia**. Sin ningún tipo de equivalencia.

OCTAVO: El cambio de “perfil” en el empleo citado, es arbitrario y falta a la verdad, ya que **se escuda en la multiplicidad de perfiles**, como una forma de manipulación del manual de funciones, **para escoger, de acuerdo a la conveniencia particular** de algún funcionario, el empleo a ofertar, **faltando así a los principios de Integridad, Transparencia y Confianza**.

NOVENO: El empleo ofertado bajo el número de **OPEC 147342**, el día 1 de febrero, pertenece a la Dirección Técnica de Análisis y Diagnóstico veterinario, y **desde hace más de 6 años se encuentra asignado mediante la figura de encargo a la Bacterióloga Aura Madero Guzmán**, quien cumple sus funciones en el Laboratorio de Diagnóstico Veterinario del ICA en la ciudad de Bucaramanga.

DECIMO: El día 11 de Febrero, eleve mediante PQRSD a la Comisión nacional del Servicio Civil-CNSC queja por la Modificación realizada, en el marco de las funciones que a esta entidad le asisten y del alcance que tiene frente a las entidades públicas. Recibiendo el día 24 de Febrero, como respuesta :” se precisa que esta Comisión Nacional adelanta los Procesos de Selección de acuerdo a la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC- reportada por las entidades, la cual es fiel copia del manual de funciones y competencias laborales vigente, conforme a lo establecido el Artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, estos son responsabilidad de cada entidad, por lo tanto esta Comisión Nacional no es la competente para dirimir conflictos que se deriven de ellos. En virtud de lo anterior, si usted lo considera pertinente, debe elevar su petición a la entidad a fin de que la misma emita respuesta de fondo a sus inquietudes.”

UNDECIMO: El día Lunes 15 de Febrero durante el evento virtual realizado en la plataforma teams, denominado “capacitación sobre el Concurso de Méritos ICA-Nación 3”, elevé mi queja y solicitud verbal de aclaración frente a los hechos ya descritos en los ítems SEPTIMO al NOVENO, al Instituto Colombiano Agropecuario, ante lo cual, la respuesta dada por el funcionario encargado del

evento fue que: “se había realizado por solicitud del Subgerente de Análisis y Diagnóstico, y que si tenía alguna inconformidad con esto, o lo consideraba de alguna forma ilegal, presentara la respectiva denuncia”.

DUODECIMO: *Los hechos descritos anteriormente, denotan una clara vulneración de mis derechos fundamentales, así como de los derechos de todos los profesionales de Bacteriología, funcionarios de la Dirección Técnica de Análisis y Diagnóstico veterinario, evidenciándose **actos de discriminación por causa de la Profesión**”*

P E T I C I O N E S:

Solicita la parte actora lo siguiente:

“PRIMERA: *Con fundamento en los hechos relacionados, la jurisprudencia y la normatividad aplicable, muy respetuosamente solicito al(la) señor(a) Juez tutelar mis derechos fundamentales del debido proceso, a la igualdad, al principio de favorabilidad, al trabajo y al acceso a cargos públicos por concurso de méritos previstos en la Constitución Nacional en su Preámbulo y en los artículos 13, 29, 25, 40, 83, 86, 228 y 230, en razón a que han sido VULNERADOS por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC Y EL INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO-ICA.*

SEGUNDA: *Como consecuencia de lo anterior, se proceda a ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y El Instituto Colombiano Agropecuario-ICA, restituir la OPEC 147342, con el perfil publicado originalmente, para el empleo código 2028 grado 22, descrito en las páginas 356-357 del manual de específico de funciones y competencias del ICA, Resolución 050075, por ser este, el perfil verdadero del empleo en vacancia definitiva y actualmente en condición de encargo, el cual contempla dentro de los requisitos de Disciplinas Académicas: Título profesional en Medicina Veterinaria o Medicina Veterinaria y Zootecnia, Ingeniería Mecatrónica, Ingeniería Electrónica, Ingeniería Eléctrica, Ingeniería Mecánica, Microbiología Industrial, Microbiología, Microbiología Agrícola y Veterinario, Bacteriólogo, Bacteriología y Laboratorio Clínico.”*

ACTUACIÓN DEL DESPACHO:

Habiendo correspondido por reparto la Acción de Tutela a este estrado judicial, con auto de fecha tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021), entre otros, se dispuso ADMITIR la presente acción de tutela instaurada contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO - ICA**, ordenándose además la vinculación de los participantes del *Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA- identificado como Proceso de Selección No. 1506 de 2020 - Nación 3*, ofertado por la CNSC, así como la

notificación de las partes para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Posteriormente, mediante auto de fecha 08 de marzo de 2021, se dispuso vincular al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, en aras de integrar en debida forma el extremo pasivo.

CONTESTACIÓN DE LA PARTE ACCIONADA:

❖ INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO

Mediante informe rendido el 5 de marzo de 2021, indicó que en el presente asunto la entidad ha sido clara al fijar las reglas que comprenden el concurso de mérito cuestionado por la accionante, en especial el cargo al cual pretende se incluyan más perfiles profesionales, que si bien es cierto la accionante tiene derecho a acceder a cargos públicos, no debe olvidar que por regla general el acceso a los mismos está supeditado a un concurso, en el cual es viable la exigencia que se hacen en la convocatoria, y en este caso el que cuestiona la actora, no trasgrede el orden constitucional, guardar relación con la labor a desempeñar y ha sido previamente publicitado. Refirió que el 01 de febrero de 2021 inicio la etapa de convocatoria y divulgación en la cual se incluyó en la modalidad de ascenso bajo la OPEC 147342, el empleo denominado Profesional Especializado 2028-22 (Ref. Registro en planta 453), perteneciente a la Subgerencia de Análisis y Diagnóstico – Dirección Técnica de Análisis Diagnóstico Veterinario, con sede en Bucaramanga, Departamento de Santander; con el perfil del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal, Resolución 00050075 del 29 de Agosto de 2019, descrito en las páginas 355-356 y 357; sin embargo, la Subgerencia de Análisis y Diagnóstico evidenció un error involuntario en el perfil del empleo ofertado, por lo cual por medio de reunión adelantada con el Grupo de Gestión del Talento Humano se solicitó cambiar el perfil del empleo por el contenido en las paginas 358, 359 y 360 del Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Instituto, por necesidad del servicio, la cual fue presentada por parte de la Subgerencia de Análisis y Diagnóstico, por medio de oficio SISAD Radicado No. 20212101449 de fecha 09/02/2021, deprecando ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la modificación y ajuste de los empleos ofertados mediante el proceso de selección 1506 de 2020 – Convocatoria Nación 03, incluyendo el Perfil del empleo Profesional Especializado 2028-22 (Ref. Registro en planta 453), destacando que dicha solicitud se realizó de acuerdo a lo establecido en el decreto 1083 de 2015.

Por lo anterior, considera que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante, en virtud de lo cual solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela.

❖ COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC

La accionada entidad mediante informe rendido el 8 de marzo de 2021, ejerció el derecho de defensa que le asiste y adujo que de conformidad con los hechos mencionados por la accionante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL adelantó con el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA-, la etapa de planificación del proceso de selección para proveer por mérito los empleos de carrera vacantes de la planta de personal de la entidad, entre abril de 2016 y agosto de 2020, cumpliendo así dicha entidad, con la totalidad de los insumos requeridos en la Circular CNSC-20161000000057 del 22 de septiembre de 2016, Es así, que la CNSC procedió a expedir la Circular No. 20191000000157 del 18 de febrero del 2019, a través de la cual se emitieron lineamientos para dar cumplimiento al artículo 29 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 2° de la Ley 1960 de 2019, que en cumplimiento de las anteriores disposiciones, mediante correo electrónico del 12 de febrero del 2021, radicado bajo el No. 20216000353952 del 15 de febrero del 2021, el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA-, remitió la certificación de los funcionarios que podían participar en el concurso de ascenso conforme a los requisitos establecidos en los empleos reportados por la entidad y, en consecuencia, certificó a la señora JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA, quien podría participar en el concurso de ascenso.

Posteriormente, mediante radicado interno No. 20216000345362 del 12 de febrero del 2021, el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA, solicitó una nueva modificación a la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC manifestando “(...) 2. Que las vacantes ofertadas en la modalidad de ascenso fueron priorizadas de acuerdo con los criterios establecidos en la Circular 20191000000157 de 2019. 3. Que uno de los Sindicatos del Instituto le informó a la Comisión de Personal, que el proceso de selección adelantado presuntamente se encontraba violando el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, debido a que la referida norma señala que se ofertarán en la modalidad de ascenso el 30% de las vacantes ofertadas. 4. Consultado el porcentaje de vacantes ofertados en las distintas modalidades, se evidencia que en ascenso se ofertó el 22% y en abierto el 78%. (...)”, en virtud de lo cual refiere se expidió el Acuerdo No. 20211000000496 del 12 de febrero del 2021, “Por el cual se modifica el artículo 8° del Acuerdo No. CNSC- 20201000003516 del 28 de noviembre de 2020, modificado por el artículo 1° del Acuerdo No. CNSC-20211000000036 del 19 de enero de 2021”, materializándose los ajustes solicitados por el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA.

Destacó que la CNSC ha venido adelantado actividades de divulgación sobre el citado proceso de selección, lo cual ha generado una gran expectativa a la ciudadanía interesada en participar en el mismo, debiendo entonces garantizarse el cumplimiento de los principios del debido proceso, la igualdad, acceso a la promoción de la carrera administrativa, así como el libre acceso a cargos públicos, al mérito, a la libre concurrencia, publicidad, transparencia

e, imparcialidad, entre otros, de todas las personas interesadas en participar en el proceso de selección.

Por lo anterior, solicita se despachen desfavorablemente las solicitudes elevadas por la señora SAAVEDRA AYALA, teniendo en cuenta que la CNSC ha dado correcta aplicación a las normas que rigen el Proceso de Selección No. 1506 de 2020- Nación 3, conocidas por todos ciudadanos interesados en participar en el concurso de méritos y ha garantizado sus derechos fundamentales.

❖ **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**

La vinculada Cartera Ministerial mediante informe rendido el 9 de marzo de 2021, ejerció el derecho de defensa que le asiste e indicó que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural es una entidad pública del orden nacional, que en ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales se encarga de formular, coordinar y adoptar políticas, planes, programas y proyectos del Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, que son ejecutados a través de sus entidades vinculadas y adscritas, por tal motivo considera que debe ser desvinculado de la presente acción de tutela, atendiendo que es un tema que debe ser tratado por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA.

CONSIDERACIONES

El marco jurídico de la acción de tutela, como lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política hace relación a que se trata de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los Jueces de la República, cuya justificación o propósito consiste en brindar a las personas la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal, y en la certeza de que se obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, apreciadas sus circunstancias específicas y en ausencia de otros medios que hagan justicia frente a situaciones de hecho, que representen quebranto, violación y amenaza de sus derechos fundamentales, obteniéndose así el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, consistentes en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna en su artículo 2°.

De manera que, la acción de tutela fue consagrada por el constituyente para dar solución inmediata y suficiente a todas aquellas situaciones de hecho, creadas por la acción u omisión, que conllevan en sí mismas transgresiones o amenazas de un derecho constitucional fundamental, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo judicial que pueda ser

legalmente invocado ante los Jueces, a objeto de lograr la protección de su derecho.

El inciso 3° del Art. 86 de la Constitución Nacional consagra que, la Acción de Tutela sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Problema Jurídico

Procede este Despacho a determinar si ¿las entidades accionadas y vinculadas han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de la accionante **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA** al no mantener la OPEC 147342 ofertada por la CNSC, con el perfil publicado originalmente para el empleo código 2028 grado 22 acorde con el manual específico de funciones y competencias del ICA?

Previo resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario traer a colación el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, es así como en sentencia T-682 de 2016, estableció:

“3. La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia

3.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario, que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, en los términos prescritos por la ley. Procede cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo otro medio alternativo de protección, éste no resulta idóneo para su amparo efectivo. Asimismo, procede como mecanismo transitorio, en aquellas circunstancias en las que, a pesar de existir un medio adecuado de protección, se requiere evitar un perjuicio irremediable, por lo que se exige una perentoria acción constitucional.

3.2. Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas, así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria.

3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante, lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso-administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

3.4. Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que **existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) “aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un 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”. (ii)” 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. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”**

3.5. La procedencia de la acción de tutela para anular los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos tiene una inescindible relación con la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y debido proceso, los cuales, en la mayoría de las ocasiones, no pueden esperar el resultado de un proceso ordinario o contencioso administrativo.

3.6. Ahora bien, resulta importante diferenciar la procedencia de la tutela en los casos en los cuales se controvierte un acto administrativo y los asuntos como el que nos ocupa, en el que la acción de amparo se contrae a exigir de las autoridades judiciales el cumplimiento de un proceso de selección en el término establecido por la ley y, de conformidad con lo señalado en la Convocatoria y el Acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura que reglamenta el mismo.

3.7. En estos casos, en principio, sería procedente la acción de cumplimiento, bajo el entendido de que esta acción le otorga a toda persona natural o jurídica, así como a los servidores públicos, acudir ante las autoridades judiciales para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo que es omitido por la autoridad o el particular, cuando asume este carácter. Sin embargo, esta acción no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. Tampoco procede cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez encuentra que se configura un perjuicio irremediable.

3.8. Frente al tema, en sentencia STP12240 - 2020, la Corporación manifestó que: “La regla general que se aplica frente a la interposición de acciones de tutela contra actuaciones de la misma naturaleza, es que su ejercicio no procede, porque esto implicaría desplazar a la Corte Constitucional en la función de revisión que le es propia, y porque conduciría al uso repetido e indeterminado de acciones, con vulneración del principio de seguridad jurídica. Solo por vía de excepción se admite su procedencia, cuando se incurre, por ejemplo, en desconocimiento del debido proceso por incompetencia manifiesta, o por indebida integración del contradictorio, o porque la decisión fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit). En manera alguna, cuando se discute el sentido de la decisión pues en estos casos su revisión es del resorte exclusivo de Corte Constitucional. En tales condiciones, la pretensión de la actora, frente al fallo del 31 de julio del presente año, proferido por el Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, confirmado en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 29 de septiembre siguiente, deviene improcedente, por las siguientes razones:

i) su disenso se dirige a cuestionar el sentido del fallo constitucional, por haber declarado improcedente la acción para suspender el proceso de selección No. 791 de 2018, adelantado con ocasión del Acuerdo No. CNSC - 20181000006676 del 16 de octubre de 2018, aspecto que corresponde revisar a la Corte Constitucional, ii) la parte accionante puede solicitar a la Corte Constitucional que realice esta revisión, como tercero con interés legítimo, dado que este trámite no se ha cumplido todavía, o acudir a la figura de la insistencia de no ser seleccionada, en los términos previstos en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, iii) la parte accionante no demuestra que el fallo de tutela que cuestiona sea producto de una situación de fraude, o que el trámite procesal se encuentre viciado por incompetencia manifiesta o indebida integración del contradictorio.(...)"

Por su parte, en sentencia T-441/2017 la Corte constitucional estableció:

“3. Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Ahora bien, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de cada caso concreto, analizando aspectos tales como: (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural; (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite; (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios; (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

El numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional.

En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó:

“(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.”

Sin embargo, se debe advertir que la sentencia citada es anterior a la expedición de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual corresponde a esta Corporación dilucidar si con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) el mecanismo ordinario de protección de los derechos de los participantes en concursos de méritos, gozan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales.

*En línea con lo anterior, **la Ley 1437 de 2011, establece en el artículo 137 que “toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...).”** Adicionalmente, en su artículo 138 contempla que **“toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...).** Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...).”*

Luego, en el artículo 229, se establece que “en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”. Por último, en el literal b), del numeral 4° del artículo 231 del mismo Código, consagra la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo, cuando “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.

No obstante lo anterior, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. (...).”

Caso concreto:

La acción de tutela de la referencia fue presentada por **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA** en nombre propio, contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, y el **INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO- ICA**, argumentando que dichas entidades le están vulnerando su derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso, modificando el empleo ofertado

bajo el número de OPEC 147342, cambiando el empleo, por un empleo de igual código y grado, con “otro perfil” descrito en las paginas 358-360 del manual específico de funciones y competencias del ICA.

Frente a lo pretendido y con el fin de resolver el problema jurídico cabe recordar que, como se acotó en precedencia, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política constituye un mecanismo preferente y sumario que procede como el instrumento más eficaz, en orden a proteger de manera efectiva e inmediata, los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en casos excepcionales.

Así, esta vía judicial, se caracteriza en esencia por ser subsidiaria y residual, lo que significa que, frente a un caso concreto, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando a pesar de existir, no resulte oportuno o suficiente para enervar la violación del derecho fundamental, y evitar así un perjuicio irremediable.

Luego entonces, previo el examen de fondo el juez de tutela debe analizar si la parte actora ha desplegado todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos, frente a lo cual la H. Corte Constitucional ha señalado que la teleología tras esta condición de procedibilidad es preservar el carácter alternativo y subsidiario la consagración de la acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Así, se pretende evitar que la tutela invada las competencias asignadas a las distintas autoridades de la justicia ordinaria, conllevando a un desborde institucional de la jurisdicción constitucional.

En el caso objeto de estudio, es preciso indicar que lo que se pretende atacar inicialmente por la parte actora es el acto administrativo de carácter general expedido por la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, es decir, el Acuerdo No CNSC- 20211000000496 del 12 de febrero de 2021 “*Por el cual se modifica el artículo 8° del Acuerdo No. CNSC- 20201000003516 del 28 de noviembre de 2020¹, modificado por el artículo 1° del Acuerdo No. CNSC- 20211000000036 del 19 de enero de 2021²*”, cuya verificación corresponde eminentemente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control establecidos en la ley para tal efecto, donde cuenta con la oportunidad de debatir y solicitar las medidas cautelares necesarias que invoca en esta oportunidad por medio de esta acción constitucional, lo que *Prima facie* hace que esta acción constitucional sea improcedente.

¹ “*Por el cual se establecen las reglas del Concurso abierto de méritos y se convoca para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDIA DE SALAZAR DE LAS PALMAS - NORTE DE SANTANDER*” Proceso de Selección No. 791 de 2018- Convocatoria Territorial Norte”

² “*Por el cual se modifica el artículo 8° del Acuerdo No. 20201000003516 del 28 de noviembre del 2020, por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO - ICA identificado como Proceso de Selección No. 1506 de 2020 - Nación 3*”

En este punto, es importante resaltar que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en virtud de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, tiene a su cargo ejercer funciones como máximo organismo en la administración y vigilancia del sistema general de carrera, de allí que no puede el Juez Constitucional salirse de sus facultades legales y emitir conceptos y órdenes que no son de su competencia, como lo pretende la parte actora al solicitar que a través de éste mecanismo Constitucional se ordene la modificación del perfil ofertado para poder ejercer postulación frente al mismo.

Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que en el presente caso no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable, pues si bien la señora **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA** indica que modificando la OPEC 147342 excluyen la profesión de bacteriología dejándola sin la posibilidad de poder ascender en dicha entidad, lo cierto es que como lo manifestó el ICA en el primer manual de funciones se evidenció un error el cual fue subsanado antes de dar inicio a la selección, y como se puede concluir cada entidad tiene sus políticas internas. De allí que no se advierte la magnitud de la afectación expuesta por la accionante que amerite la intervención del juez constitucional, máxime cuando es notorio que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y el **INSTITUTO COLOMBIANO AGRICOLA** han actuado dentro de las facultades que la ley le confiere, sin dejar de lado que en definitiva, las actuaciones cuestionadas por la actora han sido de igual aplicación a la totalidad de los aspirantes a cargo.

De lo anterior, se colige que como, es un **acto administrativo** de carácter **general, impersonal y abstracto**, que actualmente se encuentra vigente, resulta vinculante para el accionante, de conformidad con las disposiciones contenidas en el numeral 1° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y por ende la convocatoria es norma reguladora de todo concurso, obliga a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a los participantes y, en esta se establecen las reglas y condiciones para participar en el proceso de selección. Así, es claro que los aspirantes conocen las reglas del concurso con anterioridad a su inscripción en el mismo y son ellos quienes libremente deciden el empleo para el cual se postulan dentro del concurso de méritos al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Siendo así, encuentra el Despacho que el caso bajo estudio comporta una situación jurídica de carácter general, derivada de los Acuerdos No CNSC-20201000003516 del 28 de noviembre de 2020, CNSC-20211000000036 del 19 de enero de 2021 y CNSC- 20211000000496 del 12 de febrero de 2021 expedidos por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, lo que implica que no puede el Juez de Tutela, per se abrogarse la competencia para efectuar un juicio de legalidad de dichos actos administrativos, en la medida que dicha facultad se encuentra radicada única, exclusiva y excluyente en los jueces

administrativos y es ante dicha jurisdicción y a través del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, donde debe discutirse la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos aquí atacados.

En este punto, cabe señalar que en materia de concursos de méritos la competencia del juez de tutela es extremadamente restringida, por tal razón, debe ser cuidadoso al examinar la vulneración de los derechos fundamentales de los concursantes al decidir de fondo el asunto. Solo en los casos en que aparezca bien probada la vulneración o amenaza puede adoptar medidas razonables y pertinentes para conjurarla, lo cual, en este caso no se advierte.

Así las cosas, es claro que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, señalados en la Ley 1437 de 2011, como quiera que lo perseguido en el caso de marras se encuentra encaminado a atacar la legalidad de normas de carácter general, cuya verificación, como se acotó en precedencia, corresponde eminentemente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así lo reitero la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, al destacar que: *“de entrada se advierte que no se cumple la exigencia de subsidiariedad, pues, al ser la resolución en cita un acto administrativo de naturaleza particular y concreta, las quejas o reproches legales que surjan en su contra deben ser controvertidos a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contenido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Incluso, dentro de dicho trámite, el demandante puede solicitar las medidas cautelares que estime necesarias para la salvaguarda de sus derechos, ya sean ordinarias o de urgencia³, cuya finalidad está precisamente orientada para contener el perjuicio inmediato que pueda generar la decisión de la administración que se cuestiona⁴, razón por la que la viabilidad de la demanda constitucional se descarta, incluso como mecanismo transitorio, al tener los mismos efectos de protección (CC SU-355 de 2015).”* (CSJ- STP12240 – 2020)

En el presente asunto, la accionante no informa, ni de la información recaudada en el trámite de tutela se establece que hubiera agotado previamente la posibilidad de acudir ante el juez contencioso administrativo, es decir, utilizó la acción de tutela como mecanismo directo para salvaguardar sus derechos, con total desconocimiento del principio de subsidiariedad de la

³ Artículo 234 CPACA. *“MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediateamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”*

⁴ Artículo 229 Ley 1437 de 2011 *“PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento...”*

acción, que impone agotar previamente los medios de defensa que el ordenamiento jurídico ordinario pone a su disposición para la protección del derecho que se considera vulnerado o amenazado.

En las anotadas condiciones, la presente acción resulta improcedente, aún como mecanismo transitorio, por cuanto para ello se requiere la vigencia actual del medio judicial ordinario que defina a futuro la controversia de manera definitiva (SU-111/97), lo que no acontece en este evento, porque, como ya se acoto, no existe información de que se haya iniciado acción contenciosa.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la figura del perjuicio irremediable como causa que legitima la procedencia del amparo tutelar como mecanismo transitorio, cabe decir que para su configuración requiere que se muestre i) cierto e inminente, es decir, que no obedezca a especulaciones o meras conjeturas, sino a una inferencia razonable de hechos ciertos que amenazan o están por suceder prontamente de acuerdo a evidencias fácticas que así lo demuestren; así mismo, que sea ii) grave, tanto en el plano del bien jurídico que lesionaría como en la importancia de éste para el perjudicado, y iii) de urgente atención, en el sentido de que las medidas adoptadas para conjurar el perjuicio sean necesarias e inaplazables a fin de evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.⁵ Situación que tampoco se avizora en el presente asunto, pues no obra prueba de que la señora **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA** haya debido recurrir a este mecanismo especialísimo de protección a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales ante la inminencia de un perjuicio irremediable a sus bienes jurídicos, no existe probanza que lleve a constatar tal dicho y que a su vez justifique la intervención inexorable del juez constitucional aún por encima del procedimiento previsto en la normatividad vigente para dirimir el conflicto (Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la acción de tutela no es el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, dada su naturaleza subsidiaria y residual, se declarará **IMPROCEDENTE** la tutela de los derechos fundamentales invocados por **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA**, como conculcados por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y el **INSTITUTO COLOMBIANO AGRICOLA- ICA**.

Para la notificación de lo decidido en la presente providencia a los participantes del *Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA- identificado como Proceso de Selección No. 1506 de 2020*

⁵ Véase las sentencias T-225 de 1993; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-1316 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny, citada en sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y Sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa., Corte Constitucional.

- *Nación 3*, ofertado por la CNSC, se ordenará a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** informar de ello mediante publicación en la página web y/o aplicativo dispuesto para tales fines.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CUCUTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela de los derechos fundamentales invocados por **JOANNA PATRICIA SAAVEDRA AYALA**, como conculcados por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO AGRICOLA- ICA, conforme las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a las partes conforme lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Artículo 5° del Decreto 306 de 1992, por el medio más expedito.

TERCERO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que **efectuó la notificación de lo decidido en la presente providencia** a los participantes del *Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA- identificado como Proceso de Selección No. 1506 de 2020 - Nación 3*, mediante publicación en la página web y/o aplicativo dispuesto por la entidad para tales fines. Una vez realizado dicho trámite, deberá allegarse al Despacho las pruebas que así lo acrediten.

CUARTO: En caso de no ser impugnado el fallo, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

Original Firmado
JOHN JAIRO ACEVEDO PUERTO