El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**Providencia:** Tutela del 1 de octubre de 2018

**Radicación No.:**  66001-31-05-005-2018-00427-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Paulo Cesar Franco Yela

**Accionado:** Comisión Nacional del Servicio Civil

**Juzgado de origen:** Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**Magistrada ponente:** Ana Lucía Caicedo Calderón

**Temas: Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos:** Cabe señalar, que al buscarse la nulidad del acto contentivo de los resultados de la prueba de la convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, el señor Paulo Cesar Franco debe adelantar una acción de nulidad simple, puesto que, en cuanto a la interposición de la acción constitucional para controvertir actos administrativos, en reiterada jurisprudencia, se ha establecido su improcedencia, pues para controvertir estos actos se cuenta con la referida acción que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Octubre 1 de 2018)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 4 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Paulo Cesar Franco Yela,** en contra de **Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona,** al que fue vinculado de oficio el **Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA-**, a través de la cual pretende que se ampare su derecho fundamental de **petición.**

#### La demanda

Manifiesta el accionante que la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió la convocatoria pública de empleo No. 436 de 2017 SENA, la cual le fue adjudicada por medio de licitación publica a la Universidad de Pamplona.

Refiere que una vez abierta la convocatoria, se inscribió para el cargo denominado Profesional Grado: 06, Número OPEC: 61708, adscrito al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, presentando las pruebas básicas comportamentales el 6 de mayo de 2018.

Señala que luego de que fuesen publicados los resultados de las pruebas, el 23 de junio de 2018 tuvo acceso a los cuadernillos de respuestas y hojas de resultados, llamándole la atención la forma como se plantearon algunas preguntas.

Por lo anterior, el 26 de junio de 2018 presentó una reclamación y/o recurso de reposición ante la CNSC, solicitando que se le explicaran cada una de las preguntas que tuvo incorrectas, y se justificara cual era la respuesta acertada, incluyendo para ello la fuente de información.

El 9 de julio de ese mismo año, el sr. José Vicente Carvajal Sandoval, Coordinador Jurídico de la Universidad de Pamplona dio respuesta a la petición, ratificando la calificación del actor en la pruebas pero, sin justificar las respuestas ni mencionar la fuente de donde se tomó la información para diseñar los cuestionarios.

Finalmente, alega que para la elaboración del banco de preguntas de las pruebas fueron utilizados documentos desactualizados, y que además existen irregularidades en las mismas pues estas son ambiguas y confusas, lo que indica, no permite una evaluación objetiva de las competencias de los concursantes.

Por lo anterior, solicita se tutele su derecho fundamental de petición y en consecuencia, se ordene a la CNSC y a la Universidad de Pamplona, emitan una respuesta clara, precisa y de fondo a la reclamación que hizo. Asimismo solicita que se ordene a estas mismas entidades, repetir la prueba OPEC 61708, y en caso de no accederse a ello, que se corrijan las respuestas a las preguntas, teniendo como base los documentos del SENA vigentes al momento del concurso.

#### Contestación de la demanda

La Universidad de Pamplona indicó, en principio, que la acción es improcedente, puesto que en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, como lo es en este caso.

Luego, pasó a responder y justificar algunas de las preguntas que se hicieron en la prueba, para indicar que no es viable acceder a las pretensiones del señor Paulo Cesar Franco Yela, toda vez que, el cuestionario fue bien elaborado, conforme a la información que brindó para esos efectos la CNSC, por lo que no hay lugar a modificar o anular las calificaciones obtenidas en las pruebas.

Seguidamente, respondió dentro del escrito de contestación, cada una de las peticiones del actor, ratificando nuevamente la calificación que este obtuvo en la convocatoria.

Finalmente, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional para indicar que de ninguna manera resultaron vulnerados los derechos fundamentales del accionante, pues siempre se han se ceñido a lo dispuesto en la normatividad vigente, y han actuado sin entrar a hacer discriminaciones.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil contestó la acción manifestando que, la misma es improcedente por carecer de los requisitos constitucionales, pues la inconformidad del tutelante recae sobre el proceso de selección adelantado dentro de la convocatoria No. 436 de 2017- SENA, controversia que debe dirimirse mediante otro mecanismo de defensa idóneo, como lo es la demanda de nulidad de la convocatoria o del acto jurídico en el cual se fundamenta, por tratarse de un acto administrativo de carácter general.

Agrega que la acción de tutela contra un acto administrativo es procedente de manera preferente, solo en el evento en que se busque evitar un perjuicio irremediable, lo cual no es el caso, pues el accionante no probó la eventual ocurrencia de dicho perjuicio.

Frente al caso concreto, señala que para los efectos del concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos No. 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018, acuerdos que de conformidad con el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, son la norma reguladora del concurso y obligan tanto a la administración como a las entidades contratadas para su realización.

Aclara que, como la acción se centra en reprochar la etapa de reclamación de la convocatoria No. 426 de 2017, esa etapa fue realizada por la Universidad de Pamplona conforme a los acuerdos mencionados que rigen la convocatoria, por lo que no se avizora que se hayan vulnerado los derechos del señor Franco Yela.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado, declaró improcedente la acción.

Para llegar a tal conclusión argumentó que la acción de tutela esta revestida de unas características especiales, entre ellas la subsidiariedad que se erige en causal de improcedencia, conforme a lo estipulado en el artículo 6º del decreto 2591 de 1991, que específicamente en su numeral 5º señala que la acción no procederá “*cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto*”.

De lo anterior infiere que, es claro que el Acuerdo No. CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual la entidad demandada convocó a concurso de mérito para proveer los empleos vacantes de la planta de personal del SENA, esta revestida de un carácter general, impersonal y abstracto, pues no genera una situación especifica para el accionante, sino en general para cualquier aspirante, por lo que descarta la procedencia del amparo.

Añade que de ninguna manera puede ser el Juez de tutela quien estime si las preguntas están o no bien elaboradas, pues para ello se debe atacar el acto administrativo de carácter general por medio de la vía que es legislador dispuso para ello, esto es, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En cuanto al derecho de petición, señala que la CNSC, por medio de la Universidad de Pamplona, ha dado oportuna respuesta a los requerimientos esbozados por el actor, los cuales conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no necesariamente deben ser resueltos a satisfacción del interesado.

#### Impugnación

El accionante impugnó la decisión manifestando que si bien la Jueza examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona, no tuvo en cuenta los conceptos técnicos erróneos y las falencias de las accionadas en el desarrollo de la convocatoria No. 436 de 2017, y mucho menos tuvo en cuenta la vulnerabilidad de una persona frente a una entidad como la CNSC.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

Le corresponde a la Sala determinar si i) la presente acción cumple con los requisitos de procedibilidad, y en caso afirmativo ii) si se ha vulnerado el derecho de petición del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil

**5.2 Procedibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos**

La acción de tutela, como herramienta con la que cuenta toda persona para la protección de sus derechos fundamentales, específicamente frente a actos administrativos, es un tema que ha sido prolíficamente expuesto por la Corte Constitucional, señalando en sentencias como la T - 551 de 2017, lo siguiente:

*“El numeral 5º del artículo 6º 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 acudirse 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 contenciosa administrativa.*

*Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”*

* 1. **Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, en un principio se creería que el señor Paulo Cesar Franco Yela acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja el derecho fundamental de petición, sin embargo, del escrito de impugnación se puede colegir que este lo que busca es dejar sin efectos los resultados producto de las pruebas realizadas en el desarrollo de la convocatoria No. 436 de 2017, toda vez que, según indica, las preguntas se realizaron bajo conceptos técnicos erróneos.

Cabe señalar, que al buscarse la nulidad del acto contentivo de los resultados de la prueba de la convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, el señor Paulo Cesar Franco debe adelantar una acción de nulidad simple, puesto que, en cuanto a la interposición de la acción constitucional para controvertir actos administrativos, en reiterada jurisprudencia, se ha establecido su improcedencia, pues para controvertir estos actos se cuenta con la referida acción que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca.

En cuanto al perjuicio irremediable, por el cual procedería la acción como mecanismo de protección transitorio, ha indicado la Corte Constitucional que dicho perjuicio debe ser probado de manera si quiera sumaria. En el presente caso, se tiene que el actor no alega la existencia de un perjuicio irremediable por el cual se puedan tutelar sus derechos, al menos de manera transitoria, por lo que no se observa la necesidad de la intervención del juez constitucional.

En lo que respecta al la petición que interpuso el actor el 26 de junio de 2018, ante la CNSC, se observa que la entidad resolvió la misma el 9 de julio de la misma anualidad (fl.45), y que posteriormente, en el tramite de la acción, se le dio respuesta nuevamente el 23 de agosto de 2018 (fl.81), abordándose cada uno de los puntos de la petición.

En este orden de ideas, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 04 de septiembre de 2018.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**