Providencia:	Sentencia del 21 de marzo de 2013
Radicación Nro. :	66001-22-000-2013-0023-00
Accionante:	Diana Carolina Gómez Cortés
Accionados:	Comisión Nacional del Servicio Civil Universidad San Buenaventura de Medellín
Proceso:	Acción de Tutela
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Tema:	**CONCURSO DE MÉRITOS.** Ha sido constante la Alta Magistratura Constitucional[1], en sostener que la tutela no es el mecanismo idóneo para debatir temas de expectativa nacional, complejos y susceptibles de diferentes interpretaciones, dado que pueden existir tantas decisiones e interpretaciones, como jueces constitucionales hay en todo el territorio nacional, por lo que obrar en otro sentido, comprometería la naturaleza misma del concurso de méritos, en el que la selección a realizar debe basarse en la aplicación de los principios de igualdad e imparcialidad para todos los participantes. En otras palabras, beneficiar a uno sólo de los concursantes a través de una decisión judicial proferida en el marco de una acción constitucional, desequilibraría la balanza a favor de éste, desconociendo las reglas bajo las cuales fue concebida la convocatoria, al igual que resultarían gravemente lesionados los derechos fundamentales de otros participantes que no acudieron a la vía de tutela o que habiéndolo hecho, los operadores judiciales no advirtieron en su caso concreto vulneración alguna; de ahí que resulte imposible, por este medio, dejar sin fundamento o variar las condiciones de un concurso de méritos, donde participan un sinnúmero de ciudadanos, que aspiran a un cargo en propiedad.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

ACCIÓN DE TUTELA

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Pereira, veintiuno de marzo de dos mil trece

Acta N° de 21 de marzo de 2013

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a proferir sentencia de primera instancia en la acción de tutela iniciada por **DIANA CAROLINA GÓMEZ CORTÉS** contra **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-** y la **UNIVERSIDAD SAN BUENAVENTURA DE MEDELLÍN.**

HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN:

Indica la actora que luego de inscribirse en la convocatoria 128 de 2009 para proveer cargos de la planta de personal de la DIAN, presentó las pruebas funcionales, las que al resolver pudo verificar que las preguntas 29 a 44 no correspondían a los

[1] T-858-09

ejes temáticos del cargo, lo cuales fueron consignados en la guía de orientación Unidad 2, Adenda 3 y al formato 1350, instrumentos que hacen parte del Acuerdo 108 de 2009 de la CNCS mediante el cual se expide el reglamento de la convocatoria. Igual situación ocurrió con las primeras preguntas del examen, pues estas estuvieron relacionadas con el articulado del Código Contencioso Administrativo, la Constitución Política y Muisca, temas que tampoco entraban como parte de las pruebas funcionales.

Indica que mediante derecho de petición solicitó a la CNSC *i)* la anulación de las preguntas 26 a 44 y todas aquéllas que se encontraran fuera del eje temático, *ii)* declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios No 266 de 2011, celebrado por dicha entidad con la Universidad de San Buenaventura de Medellín, institución encargada del desarrollo de la etapa de aplicación de pruebas de conocimiento y aptitudes en la Convocatoria 128 de 2009, y *iii)* la suspensión del proceso de selección hasta tanto se resolviera la petición, sin obtener respuesta favorable.

Sostiene que el resultado de la prueba funcional fue *"NO APROBADO",* por lo que presentó oportunamente la reclamación tanto en la plataforma creada para ese fin, como físicamente, al remitir por correo certificado las quejas que motivaron su inconformidad con el resultado del examen, no encontrando eco en sus peticiones.

Expone además que se presentaron irregularidades en el sistema de calificación de la prueba de competencias funcionales pues si la misma constaba de 60 preguntas, 20 del eje transversal y 40 del área específica, es lógico que la primera tuviera un valor 33.33% y la última de 66.67%, y no como lo sostuvo la Universidad de San Buenaventura 12% y 88%, respectivamente.

Refiere que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos fundamentales de un grupo de concursantes cuyas acciones de tutela se soportaban en iguales fundamentos fácticos que los aquí expuestos.

Indica que al no respetar el contenido de la adenda No 3, y presentarse irregularidades tanto en la calificación de la prueba de competencias funcionales, como en el proceso al momento de presentar la misma, se cambiaron las reglas de la

convocatoria, vulnerando con ello los derechos fundamentales que reclama como vulnerados, tales

como a la igualdad y al debido proceso, por lo que solicita su protección exigiendo la anulación en su prueba, de las preguntas 16 a 44 y los demás ítems que, luego de un estudio técnico se evidencien que están fuera del eje temático, así como la suspensión del concurso de méritos, mientras se implementa lo necesario para corregir las irregularidades sucedidas.

Subsidiariamente aspira la revisión manual de cada uno de los exámenes presentados aportando copia de los cuestionarios, hojas de prueba y demás documentos que puedan contener las respuestas correctas. Igualmente, aspira al que se le dé el mismo tratamiento dado a los accionantes cuyas acciones de tutela prosperaron ante el Consejo de Estado.

Finalmente, como petición especial solicita la publicación de la presente acción de tutela en la página oficial de la CNSC y USB sede Medellín, con la advertencia que no se podrán consolidar los resultados obtenidos por otros aspirantes que estén concursando al cargo de AUDITOR TRIBUTARIO DE FONDO CASOS ESPECIALES (GESTOR IV).

TRAMITE IMPARTIDO

Admitida la acción, se corrió traslado a las accionadas, las cuales, dentro del término conferido manifestaron lo siguiente:

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Recalcó en su defensa la improcedencia de la acción de tutela para abordar temas como el planteado, dada la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo excepcional de protección, al paso que no se da la ocurrencia de un perjuicio irremediable ni la inmediatez como requisitos de procedibilidad, seguidamente hizo un recuento normativo y fáctico que soporta tanto el respeto por las reglas previamente establecidas para la Convocatoria No 128 de 2009, como específicamente por los ejes temáticos, para finalmente concluir que *"1. las pruebas se diseñaron atendiendo a lo*

dispuesto en la norma, el pliego de condiciones y todo el material que sirvió como base para la realización de todas y cada una de las pruebas aplicadas. 2. Las pruebas se diseñaron bajo el rigor metodológico, técnico y conceptual que para este tipo de pruebas se requiere en particular teniendo en cuenta la especificidad de una entidad como la DIAN".

Sostiene que las afirmaciones de la accionante no tienen ningún sustento probatorio y, en cuanto a la decisión de tutela referida en el libelo inicial, ésta, aparte de tener efectos interpartes, no se encuentra en firme, por cuanto en la actualidad se esta surtiendo el trámite de segunda instancia ante el Concejo de Estado.

La Universidad de San Buenaventura, por su parte, hace un recuento jurídico de las disposiciones previstas para la carrera administrativa que establecen que el contenido funcional de un empleo se mide a través de competencias, entendidas éstas como la *"capacidad de un aspirante para desempeñar las funciones de un determinado empleo, por lo que la medición a través de competencias que busca una valoración en contextos particulares de si un funcionario es capaz de desarrollar determinadas funciones para una planta global, por lo que no es pertinente evaluar dichas capacidades por funciones como quiera que evaluar una función solo permite calificar el conocimiento de un saber específico y se tendría que efectuar tantas pruebas como funciones estén contenidas en un manual de funciones",* afirmando que sobre ese criterio fue concebida la prueba, teniendo en cuenta los ejes temáticos definidos por la DIAN.

Coincide con la codemandada en establecer que el presente no es el mecanismo para canalizar el reclamo de protección de la tutelante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO

¿Procede la acción de tutela para controvertir temas relacionados con el concurso de méritos?

¿Se dan en el presente asunto los presupuestos necesarios para legitimar la intervención del juez de tutela?

1. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN TEMAS RELACIONADOS CON CONCURSOS DE MÉRITOS.

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

Según el inciso 3° del mismo canon, la acción de tutela *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

La acción de tutela es pues subsidiaria, no alternativa o supletoria de los recursos ordinarios, pues procede cuando la persona no cuenta con otros medios de defensa judicial, o cuando este sea ineficaz, o para evitar un perjuicio irremediable, como mecanismo transitorio, mientras la justicia decide.

Ha sido constante la Alta Magistratura Constitucional[2], en sostener que la tutela no es el mecanismo idóneo para debatir temas de expectativa nacional, complejos y susceptibles de diferentes interpretaciones, dado que pueden existir tantas decisiones e interpretaciones, como jueces constitucionales hay en todo el territorio nacional, por lo que obrar en otro sentido, comprometería la naturaleza misma del concurso de méritos, en el que la selección a realizar debe basarse en la aplicación de los principios de igualdad e imparcialidad para todos los participantes. En otras palabras, beneficiar a uno sólo de los concursantes a través de una decisión judicial proferida en el marco de una acción constitucional, desequilibraría la balanza a favor de éste, desconociendo las reglas bajo las cuales fue concebida la convocatoria, al igual que resultarían gravemente lesionados los derechos fundamentales de otros participantes que no acudieron a la vía de tutela o que habiéndolo hecho, los operadores judiciales no advirtieron en su caso concreto vulneración alguna; de ahí que resulte imposible, por este medio, dejar sin fundamento o variar las condiciones de un concurso de méritos, donde participan un sinnúmero de ciudadanos, que aspiran a un cargo en propiedad.

En igual sentido, en situación con reclamo jurídico similar al presente, la Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela de 24 de mayo de 2011, radicada con el

[2] T-858-09

número 32637, con ponencia de la doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, manifestó:

> *"En el presente caso, observa la Sala que no le han sido quebrantado los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues actualmente se encuentra inscrita y ha superado las etapas de la convocatoria 001 de 2005; dicho concurso, para la provisión de empleos, es adelantado por la entidad accionada, el cual tiene sus reglas previamente establecidas, las cuales conocía la concursante, y las fases se han cumplido respetando los intereses de los participantes; en caso de ser modificadas de forma unilateral, para favorecer a un solo inscrito o a un grupo de ellos, se quebrantaría la confianza legítima que tienen los demás interesados, quienes verían modificadas las reglas y menoscabadas sus expectativas, pues de acelerarse un proceso de selección de lista, quizás retrace otros que tienen las mismas posibilidades que las de la accionante."*

2. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ.

Resultante de la construcción jurisprudencial, la inmediatez ha surgido como un requisito de procedibilidad para impetrar la acción constitucional dentro de un plazo razonable desde el momento en que se configuró la alegada violación de derechos fundamentales.

Sin embargo, tal exigencia no es la imposición de un término de caducidad, sino que se trata mas bien de un presupuesto que sigue la naturaleza de esta acción prevista para la protección inminente de derechos fundamentales, finalidad que perdería sentido si transcurre mucho tiempo desde que surge el hecho o acto vulneratorio.

En este sentido, precisamente dado el espíritu de esta acción constitucional, en la sentencia SU-961 de 1999 se explicó que:

> *"Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción.*
>
> *(…)*
>
> *Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-*

543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión."

3. CASO CONCRETO

De acuerdo con el fundamento fáctico que soporta la solicitud de amparo constitucional, se tiene que la demandante desde el 29 de abril del año 2012, momento en el cual presentó la prueba, pudo advertir las inconsistencias e irregularidades que considera se presentaron en la dicha etapa eliminatoria, tanto en la concepción de la prueba misma como al momento de presentar el examen escrito –fl 23-, prueba de ello son las reclamaciones efectuadas ante las accionadas, el 3 de mayo y 15 de junio de 2012, por lo tanto, es evidente que ha trascurrido un término superior a 8 meses desde la última petición, por lo que no se configura el principio de inmediatez como presupuesto de procedibilidad, al paso que desdibuja la ocurrencia del perjuicio irremediable, necesario para permitir la intervención del juez de tutela, máxime cuando ha sido nutrida la jurisprudencia constitucional en sostener que quien se encuentre en un proceso de selección en el marco de un concurso de méritos cuenta con una simple expectativa y que sólo quien ostenta el primer lugar en la lista puede hablar de derechos adquiridos[3].

No obstante lo anterior, aún si en gracia de discusión se abordara el fondo del asunto, no puede la Sala entrar a verificar la afirmación de la actora de que las preguntas 29 a la 44 de la prueba funcional no corresponden al eje temático delimitado en la guía de orientación Unidad 2, Adenda 3 y en el formato 1350 de la DIAN, no sólo porque se desconoce el contenido de dichos ítems, sino porque en caso de advertir la irregularidad proclamada, los demás participantes actualmente activos en el concurso pueden resultar perjudicados con la decisión, hecho que la misma demandante considera al anotar *"(…) no entiendo como (sic) ahora la CNSC podrá calificar nuevamente a los accionantes, sin afectar a los demás participantes, que no aprobaron y aprobaron las pruebas, cuando les sea eliminadas algunas preguntas del cuestionario de competencias funcionales. Que (sic) igualdad existirá ahora que seán eliminadas las preguntas solo a aquellos que soliciten la restitución de sus derechos a la igualdad, debido proceso, al acceso a cargos públicos, buena fe y confianza legítima."*

Resolver temas en los cuales resulten implicados un gran número de aspirantes a un cargo a través del sistema de méritos, desborda la competencia de la acción constitucional, pues dicho mecanismo por su naturaleza misma, no garantizaría ni el debido proceso, ni el oportuno ejercicio del derecho de defensa, resultando insuficientes medidas como las pretendidas por la actora esto es, la publicación en la página institucional de las accionadas de la existencia de la presente tutela.

De acuerdo con lo anterior, la actora cuenta con la acción de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como medio de defensa judicial principal de protección, instrumento procesal que, en este caso, resulta idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados en la acción, máxime cuando al demandarse la nulidad de la Convocatoria 029 de 2009, tiene la posibilidad de solicitar su suspensión provisional del mismo mientras se define su legalidad.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la presente acción de tutela.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: Si no fuere impugnado el presente fallo, envíese lo más pronto posible a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.

Los Magistrados,

[3] T-455-2000, SU-913-2009

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA

Secretaria