



JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

Popayán (Cauca), dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Ref. Sentencia de tutela No. 92 (primera instancia)
Accionante: Víctor Manuel Daza Valencia
Entidad accionada: Comisión Nacional del Servicio Civil
Radicación: 19001-31-09-003-2018-00250-00

Se decide la demanda de tutela elevada por el señor Víctor Manuel Daza Valencia, identificado con la C. de C. No. 1.061.779.070 expedida en Popayán, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, trámite al cual se vinculó a la Universidad Manuela Beltrán, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y terceros interesados – concursantes que hacen parte de la lista de elegibles de la convocatoria 335 de 2016 – INPEC dragoneantes.

HECHOS

Señala el accionante que mediante Acuerdo 563 de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil reglamentó la convocatoria 335 -2016, para proveer cargos de dragoneantes del INPEC, con reglas según su criterio que se oponen a los principios constitucionales y legales, en especial el debido proceso, principio de mérito e igualdad.

Indica que el artículo 22, con desviación de las atribuciones propias de quien expide esa reglamentación, amplía los requisitos relacionados con la definición de la situación militar, determinando en el numeral 2 que solo es válido para demostrar la situación militar la libreta militar

definitiva, y en los numerales 5 y 6, tarjeta de conducta en el grado de excelente, señalándose en el artículo 25 que contra la decisión de exclusión no procede ningún recurso.

Manifiesta que como consecuencia del acto administrativo general e irregular, se produjo su exclusión injustificada del concurso, porque se estableció de manera desproporcionada que además de definirse la situación militar, para los reservistas se debía acreditar conducta excelente, sin tener en cuenta que esa circunstancia obedece a razones comportamentales y no disciplinario o penal, discriminando a los aspirantes que prestan servicio con los que no lo hacen porque estos deben acreditar un requisito adicional que es su comportamiento en un proceso de servicio militar.

Sostiene que agotó a través de abogado la reclamación administrativa, solicitando la inaplicación de las reglas ilegales e inconstitucionales, pero la entidad accionada mantiene la exclusión, afectando sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, el derecho a acceder a cargos públicos y desconocimiento de su dignidad humana.

Pregona que mediante apoderado presentó demanda de nulidad, con acumulación de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado, con solicitud de suspensión provisional del acto administrativo, demanda radicada el 16 de mayo de 2018.

Reseña que son estos nuevos hechos los que motivan y fundamentan la invocación del mecanismo transitorio al existir grave amenaza de perjuicio irremediable y el fallo o la decisión de suspensión provisional pueden resultar inocuos, bajo vigencia de la Ley 1896 de 2018 que otorga facultades para liquidar, fusionar o transformar el INPEC, posiblemente cambiando los requisitos o terminando con las vacantes existentes.

Solicita el amparo constitucional como medida transitoria de sus derechos fundamentales, derivados de las acciones y omisiones de la Comisión Nacional del Servicio Civil que amenazan causarle un

perjuicio irremediable, ordenando a la entidad accionada proceda a su reintegro al proceso de selección.

Como pruebas relevantes allega:

1. Escrito de reclamación administrativa radicada ante la Comisión Nacional del Servicio civil por su apoderado José Gerardo Estupiñan Ramírez.
2. Respuesta a la reclamación administrativa dada por la CNSC el 17 de mayo de 2018.
3. Escrito de demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, con solicitud de suspensión provisional, radicado ante el Consejo de Estado el 16 de mayo de 2018.
4. Apartes del Acuerdo 563 de 2016 expedido por la CNSC sobre la convocatoria 335.
5. Ley orgánica 1896 de mayo 30 de 2018.
6. Copia de su documento de identificación.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. El asesor jurídico de la Comisión Nacional de Servicio Civil manifiesta que la acción de tutela promovida por el señor Víctor Manuel Daza Valencia resulta improcedente, de conformidad con los presupuestos contenido en el Decreto 2591 de 1991, ya que busca contrariar las reglas encargadas de regir el proceso de selección, convocatoria 335 de 2016, esto es el Acuerdo 563 de 2016, acto administrativo que es de carácter general, impersonal y abstracto, el cual se encuentra vigente y por ello resulta vinculante para el accionante, contando con otros mecanismos jurídicos para controvertir las actuaciones que considera contrarias a sus derechos fundamentales, el cual no es otro que el previsto en la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 138, como

quiera que lo perseguido en este caso se encuentra encaminado a atacar la legalidad del acto administrativo por medio del cual se convocó al concurso, es decir contrariar lo referido en el Acuerdo No. 563 del 2016 de la CNSC.

Resalta que en el caso concreto no se configura el perjuicio irremediable alegado por el actor, atendiendo que se ha cumplido a cabalidad todas y cada una de las reglas que definen la convocatoria No. 335 de 2016.

Da cuenta del trámite del concurso abierto de méritos para proveer 400 vacantes definitivas del empleo denominado dragoneante, código 4114, grado 11, perteneciente a la planta global del INPEC, proceso que se identificó como convocatoria No. 335 de 2016 – INPEC Dragoneantes, regulado por el Acuerdo No. 563 de enero 14 de 2016, disposición que señala es un acto administrativo de carácter general, por lo que la acción de tutela no es el medio idóneo para atacar la legalidad de dicho Acuerdo, tal como se desprende de la norma contenida en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo.

Señala que el accionante se inscribió en la convocatoria 335 de 2016 – INPEC Dragoneantes, para el curso de formación para varones, aceptando todos los términos y condiciones de dicha convocatoria, debiendo acreditar la definición de la situación militar, requisito con el cual cumplió pero no acreditó tarjeta de conducta en el grado de conducta excelente, verificándose que prestó el servicio militar en el Instituto Nacional y Penitenciario INPEC, con anotación de conducta muy buena, es decir, no cumplió con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, motivo por el cual se configuró la causal de exclusión de la convocatoria consagrada en el numeral 1° del artículo 10 del Acuerdo 563 de 2016, decisión contra la cual el interesado interpuso el recurso de reposición, confirmando el acto atacado mediante Resolución 20172120015155 del 27 de febrero de 2017.

Indica que, con ocasión de los resultados de la exclusión del proceso de selección, el aspirante Víctor Manuel Daza Valencia promovió acción de

tutela en contra de la CNSC, la cual fue conocida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, bajo radicado 110012203000201700890, la cual fue fallada el 27 de abril de 2017, negando el amparo deprecado, decisión confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 1 de junio de 2017.

Informa que el accionante elevó petición ante dicha entidad, la cual fue resulta a través de oficio No. 20182120293711 del 31 de mayo de 2018, en el sentido de no acceder a la solicitud de dejar sin efectos apartes del Acuerdo No. 563 de 2016.

Destaca que la lista de elegibles para proveer los empleos ofertados en la convocatoria 335 de 2016, 100 vacantes del curso de formación fue adoptada mediante Resolución No. 20172120059215 del 27 de septiembre de 2017, incluyendo en la misma a los aspirantes que superaron todas las etapas del proceso de selección, por lo que el INPEC ya procedió con los respectivos nombramientos en periodo de prueba.

Solicita desestimar de manera negativa la presente acción de tutela por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales del actor.

2. De parte del INPEC, de la Universidad Manuela Beltrán y de los terceros interesados no se recibió informe alguno.

Para resolver, SE CONSIDERA

1. Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la demanda de tutela elevada por el señor Víctor Manuel Daza Valencia, tal como lo establece el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde al juzgado analizar si la Comisión Nacional del Servicio Civil vulnera los derechos fundamentales alegados por el actor, al excluirlo del concurso de méritos previsto mediante la Convocatoria 335 de 2016 para proveer mediante concurso público el cargo de dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y si como consecuencia de ello, es factible atender su pretensión y emitir orden para que la accionada proceda a reintegrarlo al proceso de selección para proveer dichos cargos en el INPEC.

4. Marco jurídico y solución del caso.

La acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que tiene su origen en el artículo 86 de la Constitución Política y se caracteriza por ser residual y subsidiaria.

El artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela que *“existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que el juez de tutela debe analizar los asuntos puestos en su conocimiento y observar estrictamente el carácter subsidiario y residual de la acción.

Lo anterior quiere decir que la acción de tutela solo es procedente cuando dentro de los medios legales existentes ninguno resulte idóneo para proteger el derecho que se considera vulnerado. También tiene lugar el amparo cuando a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger el derecho, el ciudadano acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe probarse, pues en caso de no reunirse dichos requisitos se desconoce el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, actuando el juez constitucional en contravía del sistema jurídico.

La Corte Constitucional en sentencia T-441 del 13 de julio de 2017, respecto de la acción de tutela para controvertir actos y hechos de la administración que reglamentan un concurso de méritos indicó:

“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 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 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.

(...)

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.

En este sentido, en la Sentencia T-798 de 2013, la Sala Cuarta de Revisión conoció la acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra de la CNSC y el INPEC, tras considerar que esas instituciones violaron sus derechos fundamentales al excluirlo de la convocatoria No. 132 de 2012 INPEC, por haber resultado “no apto” por motivos de salud para desempeñar el cargo de “dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia de la penitenciaría nacional”. Al analizar la procedibilidad de la acción, señaló que aún “existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha contemplado dos excepciones que hacen procedente la acción de tutela. La primera,

consiste en que el medio o recurso legal existente para obtener el amparo no sea eficaz e idóneo y, la segunda, que la tutela se invoque como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable”.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los concursos de méritos se deben desarrollar bajo la garantía de igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos, entre otros principios constitucionales, siendo el mecanismo idóneo para proveer vacantes en la administración pública, de acuerdo con los criterios de imparcialidad y objetividad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

La Corte Constitucional en sentencia T-588 de 2008, afirmó: *“...una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes.”*

Podemos indicar entonces que la convocatoria contiene las reglas sobre las cuales se desarrollan todas las etapas del concurso, reglas que son de obligatorio cumplimiento tanto para la administración pública como para los participantes, en aras de garantizar efectivamente la igualdad de todos los concursantes.

Analizada la pretensión del actor Víctor Manuel Daza Valencia, el desarrollo del concurso al cual se inscribió y los argumentos de la parte demandada, no hay duda que el amparo solicitado no procede en este caso.

En primer lugar tenemos que el demandante no acreditó la configuración o inminencia de un perjuicio irremediable que posibilitara tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, afectados con la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil de excluirlo del concurso de méritos para la provisión de cargos en el INPEC, convocatoria 335 de 2016, Dragoneantes INPEC.

Observa el Despacho que la decisión de la entidad accionada se fundamentó en disposiciones legales vigentes, ciñéndose a los lineamientos y requisitos que se establecieron desde el inicio de la convocatoria, los cuales fueron dados a conocer a todos los participantes de manera oportuna, cuya aplicación e interpretación solo pueden ser desvirtuadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad. Por ello, el hecho de que la reclamación del señor Daza Valencia no le hubiere sido favorable no es razón suficiente para señalar la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil como arbitraria, ilegal o desconocedora de derechos fundamentales y que por ello se haga necesaria la intervención del juez de tutela.

En el caso que nos ocupa, la inconformidad del señor Víctor Manuel Daza Valencia deviene del Acuerdo 563 de 2016 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, *“por el cual se convoca a Concurso – Curso Abierto de Méritos para proveer definitivamente las vacantes del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114, Grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – Convocatoria 335 de 2016”*, ya que este, en sus artículos 9 y 16 estableció como requisitos de participación tener definida la situación militar y en el caso de los hombres que hubieran prestado el servicio militar acreditar tarjeta de conducta en el grado de excelente, situación que no ocurrió en el caso del actor, como quiera que él aportó tarjeta de conducta del INPEC con anotación de conducta muy buena, no cumpliendo con los requisitos mínimos exigidos por el INPEC y por lo cual no se le permitió continuar en el concurso. Por ello, al tratarse de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, según lo reglado en el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de

1991, la acción de tutela resulta improcedente como quiera que no es el mecanismo judicial al que deba acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, dado que el actor tiene a su alcance los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la cual aparece que ya acudió por intermedio del abogado José Gerardo Estupiñan Ramírez, donde incluso se solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo atacado.

La Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Resolución No. 20172120000525 del 13 de enero de 2016 excluyó de la lista de convocados a curso de formación, así como del proceso de selección de la convocatoria No. 335 de 2016 INPEC Dragoneantes al aspirante Víctor Manuel Daza Valencia, decisión que recurrió, procediendo la entidad a confirmar el acto atacado, mediante decisión del 16 de diciembre de 2016.

En el caso del señor Víctor Manuel Daza Valencia se acredita que no cumplió con uno de los requisitos mínimos exigidos para poder continuar en el concurso, toda vez que luego de prestar el servicio militar en el INPEC su conducta fue calificada en el grado de *“muy buena”*, cuando la exigencia era de *“ejemplar”*, motivo por el cual fue excluido del concurso.

La Corte Constitucional ha sostenido que excluir a un aspirante que no cumple con los requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar tareas específicas, que efectúan las instituciones públicas o privadas, no vulnera derechos fundamentales, siempre y cuando: *“1) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, 2) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y, 3) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables”*.

Lo analizado permite concluir que la exclusión de la convocatoria 335 de 2016 INPEC Dragoneantes que la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió al concursante Víctor Manuel Daza Valencia y que le impide

continuar en el proceso de selección del cargo de Dragoneante, por no cumplir uno de los requisitos mínimos, se ajusta a los anteriores presupuestos como quiera que se tomó con fundamento en los parámetros de la convocatoria, al amparo de un criterio objetivo, que en este caso no resulta discriminatorio frente a otros concursantes.

No hay duda que efectivamente el señor Víctor Manuel Daza Valencia incumplió con uno de los requisitos exigidos en la convocatoria No. 335 de 2016, concretamente lo relacionado con la acreditación de conducta ejemplar en la prestación del servicio militar obligatorio, requisito que conocía a plenitud pues la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó la citada convocatoria, donde se discriminó la totalidad de los requisitos para poder continuar en el concurso de méritos.

De acuerdo a la narración confusa que hace el actor, se justifica la interposición de una nueva acción de tutela al existir una grave amenaza de perjuicio irremediable, sin que exista en el expediente prueba alguna que acredite la existencia del perjuicio irremediable que sustente transitoriamente el amparo constitucional. El actor en su demanda no alegó de manera concreta dicha circunstancia por la exclusión del concurso, no existiendo prueba sumaria que acredite el perjuicio irremediable o la amenaza real que amerite acudir de nuevo a esta vía constitucional.

En cuanto a la concesión del amparo como mecanismo transitorio, es del caso anotar que es necesario que se configure la existencia de un perjuicio irremediable, el cual, en el sub examine, no se deduce ni de la demanda de tutela ni del acervo probatorio; un perjuicio de esta naturaleza requiere de la presencia de una violación inminente y grave a un derecho fundamental, que una vez acaecido no sea susceptible de volver las cosas a su estado anterior.

No puede sostener el actor que con la expedición de la Ley 1896 de mayo 30 de 2018 sus derechos fundamentales se vean afectados, pues resulta desacertado indicar que esa norma va a acabar con las vacantes existentes o reformar el manejo del sistema carcelario, cuando en

criterio de este juzgado el espíritu de esa ley no hace alusión a ninguno de los temores que piensa del actor.

Ahora bien, se verifica que el accionante a través de apoderado instauró demanda de nulidad con solicitud de suspensión provisional del acto administrativo y de nulidad y restablecimiento del derecho, actuación que aún está vigente, teniendo como fecha de radicación el día 22 de junio de 2018, indicando el actor que el fallo o la decisión de suspensión provisional pueden resultar inocuas, cuando ni siquiera se conoce si el Consejo de Estado - Sección Segunda atenderá o no la petición de suspensión provisional del acto atacado.

De otro lado, no podemos pasar por alto que el señor Víctor Manuel Daza Valencia interpuso acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado STC 7721-2017 - 11001-22-03-000-2017-00890-01, siendo Magistrado Ponente el doctor Luis Alonso Rico Puerta, en providencia del 1 de junio de 2017 resolvió confirmar el fallo de tutela de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que desestimó el amparo constitucional elevado por el señor Daza Valencia, al no haber ejercido los medios ordinarios en debida forma, providencia de la cual se desprende que la pretensión estuvo encaminada a obtener orden del juez de tutela para que pudiera continuar en el curso de complementación y formación, de acuerdo a la Convocatoria No. 335 de 2016 INPEC Dragoneantes.

Significa lo anterior que el señor Víctor Manuel Daza Valencia en anterior oportunidad solicitó se emitiera orden para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le permitiera continuar con el concurso para proveer los empleos de dragoneantes en el INPEC, pretensión negada en primera y segunda instancia, volviendo ante este juzgado a solicitar lo mismo, so pretexto de nuevos hechos, los que de manera clara y concreta no probó ni demostró el perjuicio irremediable alegado, por lo cual consideramos que estamos en presencia de una acción de tutela temeraria, tal como se desprende del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

En conclusión, la decisión de excluir al señor Víctor Manuel Daza Valencia del concurso de méritos estuvo fundamentada en las normas que regulan la convocatoria 335 de 2016 INPEC y, por ende, no se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados, no siendo la acción de tutela el medio idóneo para cuestionar los actos administrativos expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Se declarará por ello la improcedencia de la presente acción de tutela.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán (Cauca), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

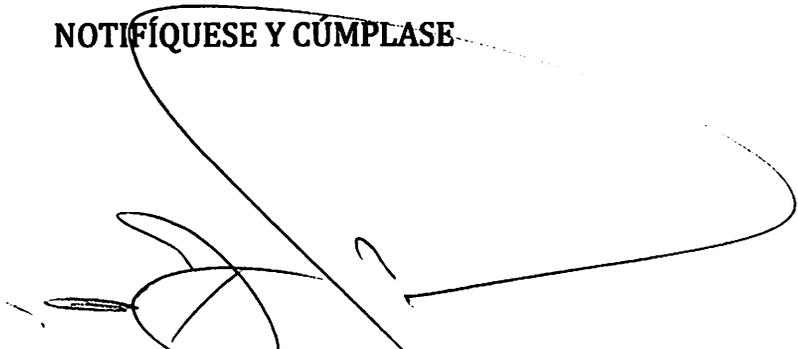
Primero. **DECLARAR** improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Víctor Manuel Daza Valencia, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Segundo. **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes intervinientes en la tramitación de esta acción.

Tercero. **REMITIR** el presente proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,


FABIO ALBERTO BURBANO VASQUEZ