



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO

Bucaramanga, veintiuno de marzo del dos mil diecinueve

Declarada la nulidad de la presente acción constitucional por parte del Tribunal Superior de este Distrito Judicial – Sala Laboral, en relación con lo actuado a partir del fallo de fecha 06 de febrero de 2019, dejando a salvo las pruebas practicadas; y una vez cumplido lo ordenado en tal sentido, respecto a la vinculación de BENILDA OROZCO SANDOVAL, NESTOR EDSGARDO NIEVES PEÑA y LUZ DE ALBA ORTEGA ACHURY. Provee el Juzgado en relación con la Acción de Tutela interpuesta por SAMIR REYES GOMEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 13.741.420, quien actúa en nombre propio contra, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y como vinculados los CONCURSANTES Y/O PARTICIPANTES DEL CONCURSO ABIERTO DE MERITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017 – SENA, la comunidad en general que tenga interés en la presente acción, BENILDA OROZCO SANDOVAL, NESTOR EDSGARDO NIEVES PEÑA y LUZ DE ALBA ORTEGA ACHURY; con el propósito de dictar sentencia.

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Los hechos que en lo medular han dado lugar a la formulación de la presente acción constitucional son del siguiente tenor:

- Que desde el 08 de julio de 2004 se encuentra vinculado al SENA regional Santander, en calidad de contratista.
- Que en virtud de la convocatoria 436 de 2017, se presentó a la OPEC 60229, en el cargo de instructor agrícola.
- Hizo referencia a las pruebas y etapas del referido concurso, y señaló los puntajes obtenidos en cada etapa.
- Seguidamente, indicó que el 23 de noviembre de 2018 la CNSC publicó la calificación o evaluación de la prueba técnico-pedagógica, señalando que la calificación no está acorde con sus conocimientos, experiencia y preparación para presentar la referida prueba; indicando que sin justificación le colocaron 68 puntos, dejándolo en el cuarto puesto del listado y despojándole de toda opción para acceder a la carrera administrativa, pues la convocatoria solo da dos vacantes.
- Señaló que el 07 de diciembre de 2018, presentó ante la CNSC, la reclamación contra la evaluación o calificación de la prueba técnico pedagógica, convocatoria 436 de 2017, OPEC 60229, la cual según el actor,

fue respondida de manera general para todos los reclamantes, sin referirse específicamente a cada una de las reclamaciones particulares.

- Igualmente, expuso el actor los puntos de desacuerdo en relación con su evaluación, los que agrupó así: A. falta de motivación de la calificación y B. Errónea construcción de la rúbrica; argumentándolos en los precisos términos expuestos a folios 4 a 7 del plenario.

Adjuntó como prueba las documentales obrantes a folios 14 a 82 del expediente.

PETICIONES

Solicitó el accionante que en virtud del presente trámite constitucional se tutelén sus derechos fundamentales al debido proceso, derecho de petición, igualdad, buena fe, acceso a cargos públicos, derecho al trabajo y derechos adquiridos; y en consecuencia se ordene:

- La recalificación de la prueba técnico pedagógica realizada el 18 de octubre de 2018, con jurados idóneos, dentro de las condiciones expresamente determinadas en normas legales para la convocatoria 436 de 2017, OPEC No. 60229.
- Que una vez realizada la recalificación solicitada en la pretensión anterior, se le asigne el puntaje y lugar merecido en la lista de elegibles.
- A su vez, de forma subsidiaria, depreca el accionante que se deje sin validez la convocatoria 436 de 2017, con respecto a la OPEC 60229 y que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, suspender la convocatoria 436 de 2017, con respecto a la OPEC 60229, mientras se realiza nuevamente la prueba técnico pedagógica impugnada.

DE LAS ACTUACIONES ADELANTADAS POR EL JUZGADO

Mediante Auto de fecha 24 de enero de 2019 (f. 85-86), se admitió la acción de tutela.

Así mismo, adicional a los ya accionados por el tutelante (UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, SENA y CNSC), se ordenó también la vinculación de los concursantes y/o participantes del CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017; y de la comunidad en general, que tuviera interés en la presente acción.

Consecuencialmente, se ordenó correr el traslado a la totalidad de los accionados y vinculados; y se concedió un término de UN (01) día hábil siguiente a la notificación del proveído para que dieran contestación a los hechos consignados en el libelo demandatorio.

También, se requirió a los accionados, para que dentro de un (1) día hábil, siguiente a la notificación de la providencia, se sirvieran suministrar la información y la prueba requerida por el actor, en los términos expuestos en el proveído visible a folios 85-86.

De otro lado, atendiendo a que el Tribunal Superior de este Distrito Judicial – Sala Laboral, declaró la nulidad de lo actuado a partir del fallo de fecha 06 de febrero de 2019 inclusive (fls. 204-205); el despacho mediante auto del 08 de marzo de los corrientes dispuso obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior y en tal sentido, se ordenó la vinculación de los señores BENILDA OROZCO SANDOVAL, NESTOR EDSGARDO NIEVES PEÑA y LUZ DE ALBA ORTEGA ACHURY; a quienes se les describió el traslado correspondiente. Todo, según lo expuesto en el referido auto visible a folio 216 y conforme se verifica a folios 238 a 261.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN. En respuesta visible a folios 115 a 128, indicó en lo medular, que en relación a las supuestas irregularidades que ocurrieron dentro de la prueba técnico-pedagógica que afirma el accionante, de manera injustificada; las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico.

Hizo referencia a la prueba técnico-pedagógica, la metodología utilizada, las rúbricas y lo referente a la grabación de la prueba.

Seguidamente, se refirió en forma concreta a la construcción de las rúbricas y señaló que la prueba técnico - pedagógica fue evaluada mediante una rúbrica la cual contuvo 10 categorías (6 correspondientes a habilidad pedagógica y 4 a la habilidad técnica), indicando además que contiene 3 características claves que se tuvieron en cuenta a la hora de calificar: habilidad, indicadores, escala evaluativa.

Agregó que no hay vulneración a los derechos fundamentales invocados y tampoco se le está causando un perjuicio irremediable, por cuanto las presuntas inconsistencias e irregularidades carecen de sustento fáctico y jurídico ya que la prueba técnico pedagógica, fue realizada a la luz de las reglas y condiciones establecidas en el acuerdo de convocatoria, mismas que fueron aceptadas en el momento de la inscripción al concurso.

Hizo referencia también a la improcedencia de la presente acción de tutela y finalmente, deprecó se declare la referida improcedencia de esta acción y se denieguen las pretensiones, aduciendo que no se han vulnerado derechos fundamentales y que no hubo irregularidad alguna en el desarrollo de la prueba técnico pedagógica de la convocatoria 436 de 2017 que amerite su repetición o recalificación.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (Fls.129-139): En lo importante, hizo referencia a la improcedencia de la acción de tutela, por existencia de otros mecanismos jurídicos.

Se refirió también a la inexistencia de un perjuicio irremediable; y en lo que atañe al caso concreto, indicó que las reglas para el desarrollo de la prueba técnico

pedagógica, estaban previamente definidas en el acuerdo de convocatoria, así como en la guía de orientación del aspirante, y preguntas frecuentes sobre la misma publicada en la página web de la CNSC.

Indicó que la reclamación del aspirante frente a la prueba técnico pedagógica, fue elevada en dos documentos complementarios, cuyas inquietudes fueron resueltas, confirmando el resultado obtenido, como da cuenta el soporte adjunto.

Hizo referencia también a la prueba técnico-pedagógica, la metodología utilizada, la construcción de las rúbricas y señaló que para el empleo 60229, para el cual se presentó el accionante; el 24 de diciembre de 2018 se expidió lista de elegibles por medio de resolución que se publicó el 04 de enero de 2019 y cobró firmeza el 15 de enero de 2019, en la cual el accionante figura en la cuarta posición, con un puntaje de 69.24.

Finalmente, expuso que la presente acción de tutela es improcedente por cuanto no hay vulneración de los derechos fundamentales esgrimidos y además, se pretende como un mecanismo principal para demandar la validez de un acto administrativo que no es susceptible de ningún recurso, como lo es la respuesta a la reclamación administrativa.

Por lo expuesto, peticionó se declare la improcedencia de la presente acción constitucional o en su defecto, la no prosperidad de las pretensiones, aduciendo que no existe vulneración alguna de derechos fundamentales por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA: Esta accionada allegó respuesta visible a folios 159 a 168, en la que básicamente indicó que en su calidad de entidad participante se adhiere a las respuestas que sobre la presente acción de tutela otorgue la CNSC, dado que la realización y evaluación de la prueba técnico pedagógica es competencia de la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, esta última contratada por la CNSC.

BENILDA OROZCO SANDOVAL (fls. 262 a 263), señaló que optó por aspirar a un cargo en la convocatoria de méritos No. 436, mediante la cual la CNSC ofertó una serie de empleos para proveer cargos en el SENA.

Que desde un comienzo conoció y se sometió a las reglas del concurso y que en ningún momento se informó que se debía practicar alguna entrevista.

Que fue de público conocimiento que quienes aspiraran al cargo de instructor, como el caso de la OPEC 60229, se someterían a una prueba técnico - pedagógica; en la cual hizo uso del tiempo estipulado para cada aspirante, la cual presentó ante dos jurados.

Agregó que no tiene conocimiento de la rúbrica aplicada pues tal documento no se le presentó y que para la preparación y presentación de la sesión, se rigió por el formato suministrado por la CNSC, en su página web, el cual estaba al alcance de todos los aspirantes.

Finalmente, señaló que teniendo en cuenta que la CNSC dejó en firme la lista de elegibles de la OPEC, fue nombrada en periodo de prueba y posesionada en el cargo el 18 de marzo de los corrientes por el SENA.

NESTOR EDSGARDO NIEVES PEÑA (fls. 264-265), hizo referencia a la prueba técnico pedagógica y a los puntajes obtenidos por los participantes.

Seguidamente, señaló que todos conocían las reglas del concurso y sabían de antemano que no se iba a grabar, que no iban a tener aprendices y agregó que nadie conocía a los jurados.

Finalmente, indicó que todos actuaron de buena fe y que a ninguno se le ha vulnerado el derecho al trabajo.

LUZ DE ALBA ORTEGA ACHURY

Pese a que se le remitió comunicación a su correo electrónico (f. 254), para efectos del surtimiento del traslado correspondiente, guardó silencio en tal sentido.

Finalmente, Se advierte que no obstante ordenarse la publicación de la admisión de la acción de tutela en la página web de las entidades accionadas y de la Rama Judicial, no se presentó ninguna persona con interés en la resultados de este trámite constitucional.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Carta Política consagra la acción de tutela como un mecanismo idóneo para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción.

El inciso tercero de la citada disposición contempló que dicha acción sólo 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.

En desarrollo del precitado canon Superior se expidió el Decreto 2591 de 1991, el cual estableció en su artículo 6º que la existencia de otros medios de defensa judiciales será apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Asimismo, el artículo 14 del mismo decreto estableció que la acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito.

La doctrina de la Corte Constitucional ha establecido que eventualmente, el trámite preferencial y sumario prevalece y desplaza al medio ordinario de defensa judicial cuando éste no es idóneo ni eficaz en el caso concreto, o bien

cuando el derecho fundamental es susceptible de quedar relegado a un simple enunciado teórico sin vocación real de concreción material.

III. DE COMO SE RESOLVERÁ EL PRESENTE CASO

Para efectos de resolver de fondo al asunto puesto en consideración del Despacho y de acuerdo con lo deprecado por el accionante en su escrito de tutela, es del caso dar respuesta al siguiente problema jurídico:

Determinar, si con el actuar del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) y de la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, se generó vulneración ALGUNA de los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de petición, igualdad, buena fe, acceso a cargos públicos, derecho al trabajo y derechos adquiridos; y en consecuencia, si es procedente la presente acción constitucional, a fin de ordenar a la parte accionada que se proceda a surtir la recalificación de la prueba técnico pedagógica realizada el 18 de octubre de 2018, en los términos peticionados por el accionante SAMIR REYES GOMEZ, con la consecuente asignación del puntaje y lugar correspondiente en la lista de elegibles.

En caso de ser negativa la respuesta al planteamiento anterior, igualmente, se deberá analizar la procedencia de la presente acción constitucional para efectos de ordenar lo peticionado por el accionante de forma subsidiaria, esto es, que se deje sin validez la convocatoria 436 de 2017, con respecto a la OPEC 60229 y que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, suspender la referida convocatoria 436 de 2017, con respecto a la OPEC 60229, mientras se realiza nuevamente la prueba técnico pedagógica impugnada.

Para efectos de lo anterior, se han de tener en cuenta los siguientes argumentos:

LÍNEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA LA ACCIÓN DE TUTELA¹

Aun cuando una de las características que identifica la acción de tutela es su informalidad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el ejercicio de la misma está supeditado al cumplimiento de unos requisitos mínimos de procedibilidad, que surgen de su propia naturaleza jurídica y de los elementos especiales que la identifican; señalando los siguientes requisitos generales regulados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991 (en especial artículos 1º, 2º, 42 y 5º), los cuales se pueden resumir en los siguientes términos:

- i) Que la acción de tutela sea instaurada para solicitar la protección inmediata de un derecho fundamental;
- ii) Que exista legitimación en la causa por activa, es decir, que la acción sea instaurada por el titular de los derechos fundamentales invocados o por alguien que actúe en su nombre;

¹ Ver entre otros sentencia T- 282 de 2012.

- iii) Que exista legitimación en la causa por pasiva, en otras palabras, que la acción se dirija contra la autoridad o el particular que haya amenazado o violado, por acción o por omisión, el derecho fundamental;
- iv) Que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante.

Ahora bien, en lo que respecta al requisito de legitimación en la causa, por activa, la jurisprudencia de la Alta Corporación Constitucional² ha considerado que ésta se configura en los siguientes casos: (i) cuando la tutela es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada en sus derechos; (ii) cuando la acción es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con quienes representan a los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) también, cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado, "caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo"; (iv) igualmente, en los casos en que la acción es instaurada como agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la defensa de sus derechos por su propia cuenta, como sucede, por ejemplo, con un enfermo grave, un indigente, o una persona con incapacidad física o mental. Finalmente, (v) la acción de tutela puede ser instaurada a nombre del sujeto cuyos derechos han sido amenazados o violados, por el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el Procurador General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS DE DEFENSA JUDICIAL PERTINENTES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA – SENTENCIA T- 798 DE 2013.

La Constitución Política dispone, en su artículo 86, que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no se cuente con alguna otra vía judicial de protección o, cuando existiendo ésta, se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el mismo sentido, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, estableció que la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales hacen improcedente el amparo, excepto cuando este se solicita de manera transitoria.

La Corte ha reiterado que la acción de tutela no se ha constituido como una instancia para decidir conflictos de rango legal, puesto que para abordar temas de este orden la misma Constitución ha contemplado, en su título VIII, la existencia de jurisdicciones distintas a la constitucional, las cuales deben someterse a los dictados

² Entre otras en Sentencia T-176/11.

de la ley y la Constitución y, estando los derechos fundamentales en el medio, corresponde a todos los jueces de las diferentes jurisdicciones velar porque los derechos fundamentales sean respetados dentro y como resultado de los procesos judiciales³.

Así las cosas, debe considerarse que los procedimientos ordinarios cuentan con los elementos procesales adecuados para resolver las controversias de derechos, garantizando la efectividad de las prerrogativas fundamentales. Por ello, la tutela no puede ser empleada como un medio *alternativo*, ni *complementario*, ni puede ser estimada como un *último recurso*.

No obstante, 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.

En cuanto a la primera excepción, **la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción: el medio con que cuenta el ciudadano debe ser idóneo y eficaz**. Para la Corte, la idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho. Así mismo, la eficacia tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso, estudiando aspectos tales como si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela⁴; el tiempo que tarda en resolverse la controversia en la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite, la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una especial consideración de su situación, entre otras.

En relación a la segunda situación excepcional, ha dicho la Corte que puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, **cuando quien hace esta solicitud demuestra que la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado**⁵.

La Corte ha establecido que **un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, el accionante demuestre que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que "su existencia actual o potencial se**

³ Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-367/08, C-590/05 y T-803/02.

⁴ Ver sentencias T-068/06, T-822/02, T-384/98, y T-414/92.

⁵ Ver sentencias T-043/07, T-1068/00 y T-278/95.

infiere objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas”, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Y que se requiera de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño sería inevitable.

Solo cuando concurren la totalidad de los mencionados elementos, se hace manifiesta la necesidad de desplazar el medio ordinario de defensa, y amparar los derechos fundamentales vulnerados, hasta tanto el afectado inicie la acción correspondiente y, habiéndolo hecho, esta sea resuelta de fondo por la jurisdicción respectiva.

LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS Y HECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL. SENTENCIA T- 798 DE 2013.

La Corte Constitucional ha establecido, alrededor del principio de subsidiariedad, reglas generales respecto de la viabilidad de las acciones de tutela que, de conformidad con lo estipulado en el numeral 5º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, 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 cabe para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.

Lo anterior, está sujeto a la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela de tal manera que, **quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo debe, en primer lugar, acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa para exponer las inconformidades presentadas frente a las decisiones generales y particulares adoptada en materia de concurso de méritos.**

No obstante, esta corporación ha señalado que, existen al menos, dos excepciones a la regla de carácter general y es (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida sea eminentemente constitucional y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.⁶

En conclusión, esta corporación ha señalado que frente a los actos administrativos acusados de transgredir derechos, salvo las excepciones ya precisadas, la ley previó los medios idóneos ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener su protección, por la vía simple de nulidad o la nulidad o restablecimiento del derecho.

Además, es de mencionar que se desprende de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, puntualmente, de los medios de control de Mera Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el poder del Juez o Magistrado decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger

⁶ Negrita fuera de texto original.

y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Además, el inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto. Según el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra; e (v) impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.⁷

DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS

Finalmente, ha de tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-441 de 2017, MP. Dr. ALBERTO ROJAS RIOS, que en lo medular indicó:

*"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".*

PRECEDENTE VERTICAL DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, EN MATERIA DE CONCURSOS DE MERITOS.

De conformidad con lo establecido por el Honorable TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA - SALA LABORAL, en acción de tutela promovida por JHON FREDDY BLANDÓN PÁEZ, siendo accionados la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y otros; de radicado No. 2018-256. R.I No. 260/2018 de fecha 24 de agosto de 2018. MP. Dra. LUCRECIA GAMBOA ROJAS, en un caso relacionado igualmente con el CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017, como el que aquí nos ocupa; se indicó:

"[...] La acción de tutela es improcedente ante la existencia de medios de defensa judicial al alcance de los ciudadanos, es por lo que

⁷ Ver Sentencia T-427/15

la Sala encuentra que los debates relacionados en punto al desarrollo de las convocatorias, resultados y censuras en la aplicación de las normas que las reglamentan, son improcedentes, dado que cuentan con medios de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, que habilita a solicitar, desde la demanda, medidas cautelares previstas en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, en caso de alegarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En criterio que desde ahora sienta la Sala, todas las discusiones respecto a concursos debidamente reglados y cuyos resultados se emitan a través de actos administrativos, no tienen control vía de tutela, por no ser la esencia de la acción el estudio de metodologías, valoraciones o revisión de los puntajes de los aspirantes. (...)⁸

Más adelante, se señaló en la misma providencia ya reseñada:

"(...) Si el accionante BLANDON PAEZ siente vulnerados sus derechos, amén de "presuntamente" haber contestado correctamente 22 preguntas realizadas en el examen, sus inconformidades deben ser planteadas ante el juez natural de la causa quien puede incluso suspender, a solicitud de parte, los actos administrativos que eventualmente lleguen a ser demandados. Lo aquí dicho, sin perjuicio de advertirse alguna vía de hecho que afecte algún derecho fundamental como el debido proceso, pues nótese que al accionante se le resolvió la inconformidad frente a su calificación y se le permitió conocer el contenido de las pruebas presentadas y su resultado.

So pretexto de la vulneración de derechos fundamentales, no pueden esquivarse o eludirse los medios judiciales al alcance de los ciudadanos para el resguardo de los mismos como alternativa de los que en el derecho positivo se regulan para dichos fines que permiten en franca lid, y con el acopio probatorio y de valoración a ultranza, establecer la ilegitimidad de las actuaciones y las eventuales consecuencias de tal obrar."

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

En el presente asunto, tenemos que la parte actora pretende a través de la presente acción que se ordene:

- La recalificación de la prueba técnico pedagógica realizada el 18 de octubre de 2018, con jurados idóneos, dentro de las condiciones

⁸ Negrita fuera de texto original.

expresamente determinadas en normas legales para la convocatoria 436 de 2017, OPEC No. 60229.

- Que una vez realizada la recalificación solicitada en la pretensión anterior, se le asigne el puntaje y lugar merecido en la lista de elegibles.
- A su vez, de forma subsidiaria, deprecia el accionante que se deje sin validez la convocatoria 436 de 2017, con respecto a la OPEC 60229 y que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, suspender dicha convocatoria 436 de 2017, con respecto a la OPEC 60229, mientras se realiza nuevamente la prueba técnico pedagógica impugnada.

Al respecto es de acotar que revisados los argumentos esbozados en el escrito de tutela, a través de los cuales se manifiesta la inconformidad por el accionante, se advierte que los mismos, básicamente se centran en la falta de motivación de la calificación y en la errónea construcción de la rúbrica, observándose que en últimas las inconformidades concretas del actor se relacionan con la metodología de calificación utilizada en la prueba técnico-pedagógica, pues incluso véase que pone en tela de juicio la objetividad de dicha calificación y del jurado.

En tal sentido, se advierte que, de acuerdo a lo establecido en la ley 909 de 2004 en su artículo 11, literales a y c; la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, tiene a su cargo lo atinente a la carrera administrativa, verificándose además que según el artículo 2, del acuerdo contentivo de la convocatoria⁹; el concurso de méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del SENA está bajo la directa responsabilidad de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, que en virtud de sus competencias legales podrá suscribir contratos o convenios interadministrativos para tal fin con universidades públicas o privadas.

Se observa entonces que fue la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, la encargada de la aplicación de la prueba técnico-pedagógica, según la respuesta de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL a folio 132 vto., ello en virtud del contrato No. 119 de 2018.

Así las cosas, revisado el documento visible a folios 47 a 53, advierte el despacho que corresponde al "acta de aplicación prueba técnico pedagógica para aspirantes nivel de instructor convocatoria 436 de 2017 - SENA", donde se observa la valoración de resultados de acuerdo a niveles de escala valorativa e indicadores, advirtiéndose que los indicadores se explican de los folios 50 a 53.

A su vez, ha de señalarse que aun cuando no es posible corroborar que el documento visible a folios 58 a 75 hubiere sido la reclamación que efectivamente se elevó por el actor en relación con la calificación de la prueba técnico-pedagógica, pues no obra constancia de recibido que así lo acredite. Lo cierto es que obra a folios 76 a 82, respuesta a reclamación de las pruebas técnico-pedagógicas, elevada por el actor, donde, entre otros aspectos, se le indicó la metodología utilizada para efectos de la calificación de la mencionada prueba técnico-pedagógica, lo atinente a la construcción de la rúbrica correspondiente y en respuesta a los pedimentos del actor, se concluyó que: "revisado el formato de calificación, las rúbricas y los argumentos presentados, se evidenció que no es necesario realizar ajustes en su calificación (...)".

⁹ El cual puede ser consultado en la página web: <file:///C:/Users/tpenat/Downloads/20171000000116.pdf>

Adicionalmente, se indicó que no procedía ningún recurso quedando en firme la misma (f. 82).

En consecuencia, para este despacho, no existe duda que la anterior decisión, visible a folios 76 a 82, es un acto que en virtud de haberse proferido por una autoridad competente, en el marco de un concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa; y en atención a que decide la situación particular y concreta del accionante SAMIR REYES GOMEZ y además pone fin a la actuación administrativa, pues no admite la interposición de recursos; es susceptible de la interposición de las acciones establecidas en la Jurisdicción contencioso administrativa, entre otras, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁰.

Se tiene entonces que la acción de tutela impetrada por el accionante, carece del requisito de subsidiariedad, encontrándose que la misma no es excepcional, pues la parte actora cuenta con otro mecanismo de defensa idóneo para controvertir lo decidido, en cuanto a su reclamación frente a la valoración de los resultados de la prueba técnico-pedagógica; reiterándose que se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, que produjo situaciones y creó efectos individualmente considerados para el accionante.¹¹

Aunado a lo anterior y en relación con las inconformidades concretas del accionante, ha de tenerse en cuenta que el mismo acuerdo de la convocatoria No. 436 de 2017¹², en su artículo 31, ya indicaba lo referente a la manera en que se realizaría la prueba técnico-pedagógica e incluso, la realización de la prueba era un aspecto de público conocimiento; y además existía un plan formato de sesión, suministrado por la CNSC, como se indicó por la vinculada BENILDA OROZCO SANDOVAL (fl. 263).

En tal sentido, se advierte que cualquier inconformidad no solo en torno a la decisión tomada el 20 de diciembre de 2018 (f. 76 a 82), sino en relación con el propio acuerdo de convocatoria No. 20171000000116 del 2017 y los parámetros allí referidos para la realización de la prueba técnico – pedagógica, deben ser discutidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, por desbordar la esencia de la acción de tutela como medio residual.

Frente al punto, ha de indicarse que el legislador ha previsto otros mecanismos judiciales con los que cuenta SAMIR REYES GOMEZ para hacer valer sus intereses y sobre todo para controvertir los actos proferidos en el marco del CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS CONVOCATORIA 436 de 2017 – SENA, especialmente aquel que decidió sobre su reclamación frente a las pruebas técnico-pedagógicas; mecanismos tales como el medio de control de simple nulidad y el de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercidos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, donde además

¹⁰ Frente al punto, es pertinente traer a colación lo señalado por EL CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, que EN PROVIDENCIA DE RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-15-000-2009-01165-01(AC), DEL 29 DE OCTUBRE DE 2009, CONSEJERA PONENTE: SUSANA BUITRAGO VALENCIA; expuso el siguiente criterio: "Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 7 de noviembre de 2007. Exp. 2007-0635. M.P. Susana Buitrago Valencia.

¹⁰ A juicio de esta Sala, esas decisiones consideradas de forma individual respecto de cada uno de los aspirantes devienen en definitivas en la medida que ponen fin a la actuación administrativa por cuanto hacen imposible su continuación. Por tal razón, son susceptibles de ser controladas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho."

¹¹ Ver la sentencia C- 620 de 2004

¹² Consultado en la página web: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena> donde se encuentra el "DOCUMENTO COMPILATORIO DE LOS ACUERDOS CONTENTIVOS DE LA CONVOCATORIA No. 436 DE 2017 – SENA"

cuenta con las medidas cautelares pertinentes para garantizar que el proceso y trámite de la convocatoria se vea suspendido mientras que la jurisdicción decide de fondo las peticiones; si resultara viable tal decisión. Siendo entonces tales medios judiciales a los que se debió acudir no solo para resolver de fondo el asunto, sino como medidas cautelares o preventivas utilizadas transitoriamente.

Así las cosas, atendiendo a que no se observa el agotamiento de tales vías por parte del accionante; no encuentra este Despacho razón suficiente para desplazar los mecanismos antes aludidos y menos entrar a salvaguardar derechos de la parte actora, quien vale la pena reiterar, no ha acudido a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin de exponer las inconformidades presentadas frente a las decisiones particulares adoptadas en el CONCURSO ABIERTO DE MERITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017 – SENA.

Aunado a lo anterior, es de acotar que tampoco se evidencia la presencia de un perjuicio irremediable o una vía de hecho que deba ser conjurada en virtud del trámite de tutela objeto de este debate, advirtiéndose que las inconformidades en relación con la metodología y desarrollo de las pruebas técnico-pedagógicas, son aspectos que deben dilucidarse ante el juez natural, reiterándose que no se configura la subsidiariedad requerida dentro del presente trámite constitucional; pues no existen excepciones que permitan acudir directamente a la acción constitucional para efectos de controvertir actos proferidos en el marco del CONCURSO ABIERTO DE MERITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017 – SENA.

Por lo expuesto, se tornan improcedentes las pretensiones del accionante, observándose que tampoco se avizoran hechos o actuaciones que ameriten la intervención del Juez constitucional para efectos de dejar sin validez la convocatoria 436 de 2017 con respecto a la OPEC 60229 o suspender dicha convocatoria y ordenar nuevamente la realización de las pruebas técnico-pedagógicas, como se pretende en forma subsidiaria, quedándose el dicho del actor en meras consideraciones, que se itera, no evidencian ni acreditan la configuración de un perjuicio irremediable que implique la intervención por vía de tutela, existiendo otros medios idóneos para resolver la controversia ante el juez natural correspondiente.

Lo aquí argumentado, es un criterio que además encuentra sustento en el precedente sentado por el Honorable TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA - SALA LABORAL, en acción de tutela promovida por JHON FREDDY BLANDÓN PÁEZ, siendo accionados la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y otros; de radicado No. 2018-256. R.I No. 260/2018 de fecha 24 de agosto de 2018. MP. Dra. LUCRECIA GAMBOA ROJAS, en un caso relacionado igualmente con el CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017, donde se indicó concretamente que **"todas las discusiones respecto a concursos debidamente reglados y cuyos resultados se emitan a través de actos administrativos, no tienen control vía de tutela, por no ser la esencia de la acción el estudio de metodologías, valoraciones o revisión de los puntajes de los aspirantes. (...)"**¹³.

En consecuencia, se denegará por improcedente la acción de tutela promovida por SAMIR REYES GOMEZ contra EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, y como vinculados los CONCURSANTES Y/O PARTICIPANTES DEL CONCURSO ABIERTO DE MERITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017- SENA, LA COMUNIDAD GENERAL QUE TENGA

¹³ Negrita fuera de texto original.

INTERES EN LA PRESENTE ACCION DE TUTELA, BENILDA OROZCO SANDOVAL, NESTOR EDSGARDO NIEVES PEÑA y LUZ DE ALBA ORTEGA ACHURY.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

V. RESUELVE

PRIMERO. NEGAR por improcedente la protección constitucional deprecada por SAMIR REYES GOMEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 13.741.420, quien actúa en nombre propio contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y como vinculados los CONCURSANTES Y/O PARTICIPANTES DEL CONCURSO ABIERTO DE MERITOS, CONVOCATORIA 436 DE 2017- SENA, LA COMUNIDAD GENERAL QUE TENGA INTERES EN LA PRESENTE ACCION DE TUTELA, BENILDA OROZCO SANDOVAL, NESTOR EDSGARDO NIEVES PEÑA y LUZ DE ALBA ORTEGA ACHURY; de conformidad con las previsiones indicadas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. Si el presente proveído no es impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, POR SECRETARIA ENVÍESE a la Corte Constitucional en opción de revisión.

TERCERO. En firme el presente proveído, ARCHIVESE lo actuado.

NOTIFIQUESE POR EL MEDIO MÁS EXPEDITO.



CARLOS ALBERTO CAMACHO ROJAS
Juez