

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	STEFANY LINEY CÓRDOBA PEREA
ACCIONADO	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA.
RADICADO	05001 3105 013 2019 00309 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 026 de 2019
TEMAS Y SUBTEMAS	Debido proceso e igualdad- Concurso de méritos obligatoriedad en la observancia de las reglas establecidas en la convocatoria.
DECISIÓN	Confirma

Medellín, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por las magistradas, María Eugenia Gómez Velásquez, Nancy Gutiérrez Salazar (en ausencia justificada) y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a resolver la impugnación formulada por la señora **Stefany Liney Córdoba Perea** contra la sentencia proferida el 20 de mayo del año en curso, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito dentro de la acción de tutela que promoviera contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona**, radicado único nacional 05001 3105 **013 2019 00309** 01.

Antecedentes

Pretende la accionante se le tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos e igualdad, vulnerados por las accionadas; y en consecuencia, se les ordene responder de fondo, de manera clara y precisa, las preguntas 5 y 8 de la ampliación de la reclamación 136771398, así como aplicar el modelo de evaluación establecido en la *"Guía de Orientación para el aspirante a pruebas escritas de competencias básicas funcionales y comportamentales – Convocatoria N° 429 de 2016 Antioquia"*.

Así mismo, se les imponga a las accionadas el traslado de los elementos probatorios bajo su custodia, esto es, cuadernillo de preguntas, hoja de respuestas por ella diligenciada, así como la hoja de respuestas clave de la prueba correspondiente a Profesional Universitario Grado 2, Código 219, para verificar la coherencia del enunciado ITEM Nro. 14 objeto de reclamación, en el cual se aprecia que su respuesta es correcta y sea tomada en cuenta como tal, o en su defecto, se anule por la ambigüedad de la misma. Como consecuencia de lo anterior, solicita actualizar el resultado obtenido en dicha prueba.

Fundamenta sus pedimentos en que dentro del término oportuno procedió a inscribirse al empleo denominado OPEC N° 44380 Profesional Universitario Grado 2 de la Convocatoria 429 de 2016 a través del aplicativo SIMO; que luego de ser admitida y cumplir los requisitos mínimos, el 4 de marzo de 2018 presentó las pruebas escritas de competencias básicas, funcionales y comportamentales, sin embargo, al obtener un puntaje en

competencias funcionales de 62.35 fue excluida de la convocatoria con la anotación "no continua en concurso".

Refiere que inconforme con la decisión anterior, dentro del término oportuno, realizó la respectiva reclamación solicitando se le diera acceso al material de la prueba y se le explicara la metodología usada para la calificación en el caso de los grupos menores a 50 personas, frente a lo cual se le informó que la misma fue efectuada conforme a los procedimientos analíticos de la Teoría de Respuesta al Ítem y el modelo de Rasch, contestación que a su juicio no corresponde a lo establecido en la *"Guía de Orientación para el aspirante a pruebas escritas de competencias básicas funcionales y comportamentales – Convocatoria N° 429 de 2016 Antioquia"* pues allí se indicó que para el caso de las pruebas presentadas por grupos inferiores se realizaría una calificación directa, luego, considera que, en su caso no se atendió aquella directriz, pues para el cargo optado sólo se inscribieron 4 personas, de las cuales una no fue admitida en la valoración de antecedentes, otro aspirante no presentó la prueba, quedando únicamente 3 concursantes a evaluar.

Narra que además de lo anterior, después de tener acceso al material de las pruebas, presentó ampliación de su reclamación, solicitando le fuera tenida en cuenta la respuesta señalada al ítem 14, pues al haberse formulado la pregunta de forma general, respecto de *quien era competente para conocer el recurso de insistencia, alegando reserva legal, conforme al CPACA*, sería acertado responder cualquiera de las opciones, el Tribunal o el Juzgado Administrativo en única instancia, pues en el cuestionamiento no se indicó el

orden de la autoridad administrativa, luego, su elección era correcta.

Finalmente, solicita como medida provisional se suspenda la Convocatoria 429 de 2016, para evitar un perjuicio irremediable, pues de continuar la agenda establecida se conculcarían aún más sus derechos fundamentales.

Trámite adelantado

El Juzgado Trece Laboral del Circuito, mediante proveído del 14 de mayo de 2019, admitió la acción de tutela de la referencia contra las accionadas, integrando el contradictorio por pasiva con el resto de los aspirantes que eligieron el mismo cargo que la actora.

Negó la medida provisional incoada al no configurarse los presupuestos dispuestos en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, pues no se advertía que, en razón de la convocatoria y la respectiva participación en ella, se hubiese radicado un derecho en cabeza de la accionante cuya presunta violación pudiese generar un perjuicio irremediable, por el contrario, acceder a tal solicitud implicaría vulnerar el principio de proporcionalidad y los derechos de los aspirantes que continúan en el concurso. fls. 32 y 33.

Posición de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

A través de su Líder de la Etapa de Reclamaciones, luego de realizar una vasta explicación del proceso de calificación efectuado

a la prueba de competencias funcionales llevada a cabo en la convocatoria referida, señaló frente al caso concreto, que en ningún caso se vulneró o afectó derecho alguno de la tutelante, en la medida que el actuar de la institución estuvo ceñido a los procedimientos fijados en la convocatoria publicada, así como en la reglamentación del concurso, siguiendo los postulados del artículo 125 constitucional que busca identificar a las personas idóneas para ingresar a las entidades públicas con base en el mérito, mediante concurso abierto que permita la participación en igualdad de condiciones de quienes demuestren poseer los requisitos y competencias para ocupar los cargos del sistema específico de carrera administrativa de dichas entidades (fls. 47-58).

Posición de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

A través de su asesor jurídico, señaló la improcedencia de la acción constitucional, pues la inconformidad de la accionante frente a la aplicación de la prueba de competencias básicas y funcionales recae finalmente sobre las normas del Acuerdo que la contiene, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acto administrativo, esto es, medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento previstos en la Ley 1437 de 2011, no siendo entonces la tutela el mecanismo apto para cuestionar la legalidad de los actos administrativos.

Frente al caso concreto, adujo que conforme al artículo 32 del Acuerdo compilatorio CNSC-20161000001356 del 12 de agosto de 2016, las pruebas de competencias básicas y funcionales son de

carácter eliminatorio, de manera que el aspirante que no aprobara la prueba básica con una calificación superior a 65 puntos sería excluido de la convocatoria 429, lo que aconteció con la accionante al obtener 62.35 puntos.

Luego de explicar el proceso de calificación de la prueba, reiterando lo ya expuesto por la Universidad de Pamplona, concluyó con que el análisis de la prueba se realizó teniendo en cuenta los parámetros de confiabilidad y validez que contiene todo instrumento de medición, conforme a los modelos matemáticos aprobados por los organismos nacionales e internacionales, que garantizan la igualdad entre los aspirantes y la transparencia del proceso. (fls.60-76)

Decisión de primera instancia

Contenida en sentencia No. 105 del 20 de mayo, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito, en la que denegó el amparo incoado por improcedente, al considerar que la accionante cuenta con el medio judicial idóneo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para cuestionar la legalidad del proceso de selección del cargo ofrecido por la Alcaldía de Medellín (fls.77-83).

De la impugnación

Inconforme con la decisión, la accionante aduce que la sentencia de primera instancia no captó adecuadamente el núcleo central del problema jurídico planteado, consistente en la violación del derecho fundamental de petición y a la información por la omisión

de las accionadas en dar respuesta de fondo a la reclamación Nro. 132875 del 7 de mayo de 2018 y ampliación de la misma Nro. 136771398 del 18 del mismo mes y año, en cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, pues la contestación emitida el 30 de abril del año en curso no fue clara, ni respondió de fondo ninguno de los interrogantes formulados.

Agrega que, en el caso concreto, contrario a lo expuesto por el juzgado de conocimiento, el medio de control "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" no sería idóneo pues como lo ha establecido la Corte Constitucional, el objeto de la acción contenciosa no es propiamente el de brindarle una protección oportuna y eficaz a los derechos fundamentales sino preservar la legalidad de los actos administrativos y restablecer los derechos conculcados a los administrados.

En consideración a lo anterior, solicita ordenar a las entidades accionantes emitir respuesta clara, precisa, congruente y de fondo frente a los cuestionamientos planteados, y hasta tanto esta no se profiera, solicita suspender todas las operaciones judiciales de la Convocatoria No. 429 Antioquia, en relación con el empleo OPEC No. 44380, a fin de evitar que se elabore la lista de elegibles, por cuanto de no suspenderse resultaría ineficiente la tutela incoada (fls.90-93).

Para efectos de decisión, basten las siguientes,

Consideraciones

En atención a lo relatado en precedencia habrá de determinarse si las accionadas vulneran los derechos fundamentales a que alude la actora, al no haberse brindado respuesta de fondo a las reclamaciones relativas a la prueba escrita de competencias básicas y comportamentales de la Convocatoria 429 de 2016.

Es de indicar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Fundamental, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, entre ellas en las sentencias T- 742 de 2011, T 451 de 2010, T-352 de 2011 y T-018 de 2011, solo puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: **i)** no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, **ii)** cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o, **iii)** cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*.

El órgano de cierre constitucional, con relación a la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa, ha expuesto, que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos se debe acudir, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política (sentencia C-1225 de

2004, SU- 1070 de 2003 y SU – 544 de 2001 entre otras); también ha precisado que cuando de concursos de méritos se trata, por ser inminente la vulneración de derechos fundamentales, las acciones ordinarias resultan inoperantes, por lo que de demostrarse el efectivo desconocimiento de derechos cuya protección se invoca, es viable activar este mecanismo de protección.

Advierte igualmente la Corporación que, dentro de los concursos públicos de méritos, **las reglas de la convocatoria son de obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para los participantes, ello para evitar arbitrariedades, actuaciones subjetivas, o que se cometan actos discriminatorios y en general se cumplan los procedimientos fijados para satisfacer los objetivos del concurso** (sentencia SU 617 de 2013).

En el caso concreto, la accionante considera que **la reclamación** Nro. 132875 del 7 de mayo de 2018 y ampliación de la misma Nro. 136771398 del 18 del mismo mes y año, **no fue contestada de fondo** por las accionadas con la respuesta emitida el 30 de abril del año en curso, al no haber sido clara, ni precisa en relación a los interrogantes formulados, vulnerando sus derechos de petición y a la información y por ende al debido proceso.

Frente a lo anterior, se tiene que a través del Acuerdo CNSC 20161000001356 del 12-08-2016 se convocó concurso público de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de algunas de las entidades públicas del

Departamento de Antioquia - Convocatoria 429 de 2016-, norma que contiene las reglas que rigen el proceso de selección, los requisitos generales, las etapas y demás exigencias específicas para cada cargo ofertado, precisando en su artículo 37 que: "*Para atender las reclamaciones, la universidad o institución de educación superior contratada, podrá utilizar la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con la Sentencia T-466 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional y lo previsto por el artículo 22 del Código Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. Contra la decisión con la que se resuelven las reclamaciones no procede ningún recurso*".

Considera específicamente la impugnante que las accionadas no dieron respuesta de fondo a los siguientes planteamientos:

i) ¿Cómo fue utilizada la regla de tres que arrojó el porcentaje obtenido por el/la participante que se encuentra en primer lugar con porcentaje de 82.85 y el porcentaje obtenido por la suscrita que es 62.35?; ii) ¿Que metodología fue utilizada para grupos menores a 50 personas y para grupos superiores a 51 personas, en la obtención de los análisis psicométricos y los criterios que se tuvieron en cuenta frente a la inclusión de cada aspirante en un grupo comparativo para la obtención de puntuaciones estandarizadas y iii) porque la clave de respuesta numero 14 defendida por esos es la única valida cuando en el CPACA está la respuesta de la accionante?.

A folios 24 a 31 del plenario, obra una **amplia** respuesta a la reclamación, de la aspirante en el mes de abril del año en curso, en ésta se aprecia que *i) a la petente se le explica de manera extensa el proceso técnico y las formulas aplicadas para la calificación, conforme se indicó en la Guía de Orientación, ii) el método utilizado para el análisis psicométrico, aclarándole que frente a la solicitud de información de los criterios tenidos en cuenta para cada aspirante y la metodología utilizada para grupos menores a 50 y superiores a 51, conforme a los artículos 33 y 36 del Acuerdo 1356 de 2016 se establecía la reserva de la prueba de*

cada aspirante por lo cual no se podía atender a esa solicitud, iii) y que frente al requerimiento de la pregunta número 14, la respuesta correcta era la (D) conforme a lo establecido en el artículo 154 del CPACA, indicándole además que realizado el análisis hecho a las preguntas de las pruebas funcionales de la convocatoria 429 de 2016-Antioquia se logró comprobar que la construcción y la fundamentación a cada una de las preguntas realizadas dentro de la prueba eran acordes a la normatividad vigente de la convocatoria como también a una relación directa con los ejes temáticos empleados para cada una de ellas. Vale anotar que, en relación a este último ítem, en la petición elevada por la accionante no se cuestiona a las entidades del porqué es una y no otra la respuesta correcta, como señala en este trámite, sino que, después de manifestar su apreciación y sus argumentos legales, les solicita tener como válida la opción escogida y aumentar su calificación (fl. 21 vto-23).

Pues bien, a juicio de la Sala la amplia respuesta entregada a la hoy tutelante satisface los requisitos básicos que debe contener una contestación para no vulnerar el derecho de petición, esto es, fue **oportuna, clara, precisa, congruente** y resolvió de **fondo** lo peticionado, incluso señalando la norma contentiva de la respuesta en cuanto a la pregunta 14; y es que se recuerda, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional que la respuesta **no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado**¹, y precisamente el hecho que el contenido de ésta no sea compartido por el peticionario no quiere decir que no cumpla con los requisitos indicados, pues la Corte Constitucional ha sido enfática respecto a lo que significa cada uno de ellos, así: que

¹ Ver entre otras sentencias: T-146-12, T-487-17 y T-077-18.

sea "**claro**, como quiera que debe contener argumentos comprensibles y razonables. **De fondo**, lo cual significa que debe resolver de manera completa y detallada todos los asuntos indicados en la petición. **Preciso**, que haya sido realizado con exactitud y rigurosidad. **Congruente**, es decir, que exista relación entre lo respondido y lo pedido, excluyendo referencias evasivas o que resulten ajenas al asunto planteado"² elementos que se encuentran presentes a lo largo del contenido de la respuesta emitida por las hoy tuteladas, pues claramente le explican a la aspirante la forma de calificación, la metodología utilizada, las respuestas validas, y a lo que no era posible acceder en virtud de la reglamentación establecida en el Acuerdo 1356 de 2016, regulación que como se dijo en párrafos anteriores, dentro de los concursos públicos de méritos, **es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para los participantes**, concluyéndose que no se vulneró el derecho de petición de la tutelante, por lo que la acción se tornaría improcedente.

Ahora, si en gracia de discusión, lo que, en el fondo, conforme al cuerpo de esta causa constitucional debate la accionante **son las decisiones administrativas tomadas en desarrollo del concurso de méritos**, como es, la de cuestionar la respuesta emitida frente a la reclamación que por demás no tiene recursos, la forma de calificación, el método utilizado en su caso, y con ello, la exclusión del concurso al no haber superado el mínimo aprobatorio de 65.00 puntos en la prueba, conforme a lo previsto en el artículo 30 del pluricitado Acuerdo, no es este medio el idóneo para tal fin, pues existen mecanismos judiciales ordinarios ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para

² Sentencia T-621 de 2017

controvertir aquellas decisiones como lo consideró la jueza de primer grado, específicamente, para el efecto la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, en el artículo 138 dispuso que *“toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procede por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”*. A su vez, el artículo 137 que versa sobre la nulidad, establece que procederá cuando el acto administrativo *“haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”*.

Acciones que contrario a lo afirmado por la impugnante si resultarían eficaces, pues en el mismo estatuto legal, se consagran en el capítulo XI **las medidas cautelares, como mecanismos de defensa provisionales, idóneos**, para salvaguardar los derechos que pareciera pretende conseguir con la presente acción de tutela, estableciéndose incluso en el literal a), numeral 4º, del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, como una de las condiciones para que se decreten las medidas cautelares *“que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable”*, a más de ello, de conformidad con lo regulado en el artículo 233 del CPACA **las medidas podrán ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso**, lo que supone la efectividad de tal mecanismo.

A este punto, es del caso traer a colación decisión de la Sala de Casación Civil del órgano de cierre de esta jurisdicción del 4 de agosto de 2017 expediente STC11559-2017, que en un caso similar estableció que no es la tutela el mecanismo idóneo para cuestionar la decisión de exclusión en un concurso de méritos, explicando:

*“ Por otro lado, no cabe duda de que el presente mecanismo incumple con el requisito de la subsidiariedad, toda vez que la reclamante dispuso o dispone de otro medio de defensa a través del cual pudo o puede aún procurar la protección de los derechos fundamentales que estima transgredidos, dado que tuvo o **tiene a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho** para cuestionar la legalidad de los actos administrativos que decidieron sobre su inadmisión, e incluso, de aquél que regula el concurso, por lo que no resulta pertinente convertir esta vía en un camino alternativo o paralelo a aquél, máxime cuando ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede pedir en el proceso correspondiente, la suspensión provisional de la determinación atacada y allegar elementos demostrativos, como los aportó al amparo”*

Bajo los anteriores postulados, en primer lugar, **no se advierte en el caso de marras vulneración a los derechos invocados por la accionante**, por el contrario, se evidencia que las accionadas garantizaron estos, cumpliendo lo establecido en el Acuerdo 1356 de 2016 contenido de la convocatoria 429-2016, esto es, permitiéndole a la accionante el acceso físico a su prueba, recepcionando su reclamación y respectiva ampliación y emitiendo la respuesta pertinente a la misma, aunado a lo anterior, y aunque no es éste el caso, pues se repite no se demostró vulneración alguna, tampoco sería procedente la presente acción al tratarse de un mecanismo subsidiario, toda vez que como se indicó la hoy tutelante cuenta con la posibilidad de acudir a otros medios de defensa una vez le fue contestada su petición.

Por lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito el 20 de mayo del año en curso, dentro de la acción instaurada por **Stefany Liney Córdoba Perea** contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Pamplona**.

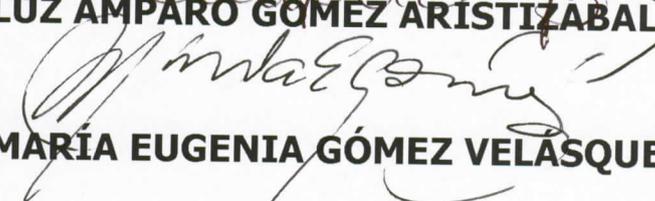
NOTIFÍQUESE a las partes esta sentencia por uno de los medios más expeditos que indican los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992.

Dentro del término legal envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por los que en ella intervinieron.

Las magistradas:


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ

En ausencia justificada

NANCY GUTIERREZ SALAZAR