



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Accionante:	JUAN DAVID CARDONA ARANGO.
Accionado:	Comisión Nacional del Servicio Civil y Otros
Tipo de proceso:	ACCIÓN DE TUTELA.
Asunto:	RECURSO DE IMPUGNACIÓN.
Decisión:	CONFIRMA.

Procede la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, a resolver de fondo el recurso de impugnación interpuesto en contra de la Sentencia proferida dentro del trámite de Acción de Tutela promovido por el señor **JUAN DAVID CARDONA ARANGO** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA -FUAA-**, y los vinculados, participantes en el proceso de selección N° 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 – Territorial 2019.

La Magistrada de conocimiento **NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR**, declaró abierto el acto. La Sala, previa deliberación del asunto, acogió el presentado por la ponente, el cual se hace constar en los siguientes términos:

ANTECEDENTES.

Dice que se encuentra nombrado en provisionalidad en el cargo de Líder de Proyecto en la Agencia de Educación Postsecundaria de Medellín -SAPIENCIA-, desde el 26 de julio de 2013. Que se inscribió en el proceso de selección territorial 2019 -N° 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332-, para el cargo de Líder de Proyecto OPEC 71804. Que el 28 de febrero del 2021 se llevó a cabo la prueba escrita sobre componentes básicos comportamentales, evidenciándose anomalías en la forma para la elaboración de la prueba escrita y selección de ejes temáticos por parte de la FUAA. Expone que en la guía de orientación al aspirante-prueba escrita se definen las competencias básicas, funcionales y la verificación de requisitos mínimos; y que el contenido funcional del cargo de Líder de Proyecto, Código 208, Grado 4, OPEC 71804, está establecido en la Resolución 317 de 2018 de la Agencia de Educación Superior, donde se refieren un total de 14 “conocimientos básicos o esenciales” -detalla-, mientras que en el documento denominado “consulta ejes prueba escrita” señalado para el cargo, solo contiene 10 ejes temáticos, que subdivididos totalizan 12 -relaciona-. Que el contenido de las competencias básicas y funcionales se debió ceñir al manual de funciones del cargo, lo que no se cumplió, al ser menor el número de temáticas evaluadas, y no tenerse en cuenta 8 de los conocimientos básicos del manual de

funciones -relaciona-, y que 3 de los ejes temáticos evaluados no corresponden a temas ni competencias plasmadas en el manual de funciones del cargo, como son comprensión lectura y escritura, pensamiento crítico y razonamiento matemático, por lo que del 100% de los conocimientos señalados en el manual de funciones solo se evaluó un 21,43%, pues el 78.57% del examen no corresponde a lo descrito en el manual de funciones, no cumpliéndose así con los principios de merito e igualdad que debe conservar la prueba aplicada. Dice que existe la obligación de evaluar y no omitir todos los conocimientos básicos o esenciales, sin que se puedan realizar preguntas que tienen que ver con el campo de una Secretaría de Educación y no de una Agencia de Educación Superior -como aconteció-, es decir que no están relacionadas ni con las funciones, ni con la entidad, ni con el cargo en concurso. Finaliza expresando que se eliminaron preguntas que no se conoce si fueron contestadas correctamente o no, lo que evidencia un perjuicio irremediable que privilegia a unos candidatos por encima de otros, al variar el valor de la calificación de cada pregunta, realizando unos cuadros compartidos, en los que detalla los porcentajes de calificación y número de personas admitidas o no, según diferentes hipótesis de calificación y variables.

Solicita que se le tutelen sus derechos al debido proceso, trabajo, igualdad, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; y como consecuencia, se le ordene a las accionadas que realicen una nueva prueba de competencias básicas y funcionales en el proceso de selección N° 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332- territorial 2019, que se ciña a la temática del manual de funciones y competencias básicas del cargo respectivo, sin que la prueba contenga temas o competencias básicas que no estén en el Manual de funciones del mismo; y sin eliminar preguntas de forma arbitraria.

Las accionadas CNSC y la FUAA contestaron que la presente acción es improcedente en virtud del principio de subsidiaridad, recayendo la misma sobre las normas que regulan el concurso, contando el actor con otro mecanismo de defensa para controvertir el acto administrativo, sin que exista un perjuicio irremediable. Que el proceso de selección se ha desarrollado en cumplimiento de lo establecido contractualmente, resaltando que el contenido y los ejes temáticos corresponden a las exigencias y disposiciones de las entidades que ofertan las vacantes; evaluándose los aspectos relacionados con el cargo, siendo el puntaje final no el resultado del conteo de respuesta correctas, sino la transformación de una escala que se ubica en el desempeño de cada aspirante, con relación a la población que se presentó a la misma OPEC. Aduciendo la FUAA, que el actor en su calidad de aspirante al concurso de méritos solo cuenta con una mera expectativa de ser elegido, sin ostentar la titularidad del cargo, por lo que no se puede hablar de la vulneración al derecho al trabajo o acceso a cargos públicos, ya que, para ello debe obtener los mejores resultados en todas las pruebas y etapas realizadas, debiéndose respetar además el derecho a la igualdad de los demás concursantes.

El 20 de agosto de 2021, el Juzgado de conocimiento negó la presente acción, considerando que no se han trasgredido los derechos fundamentales invocados por el accionante, a quien se le ha garantizado su participación en el concurso de méritos, ha tenido acceso al examen de conocimientos y a las diferentes reclamaciones se les ha dado respuesta; contando este con otro mecanismo de defensa judicial -nulidad y restablecimiento del derecho-, para atacar las deficiencias técnicas que le señala a la prueba de competencias básicas y funcionales.

Impugnó la decisión el accionante, señalando que de las respuestas dadas por las entidades accionadas ala presente acción, se infiere que la eliminación de preguntas fue causada por falta de calidad en la

elaboración de las mismas, sin que estas tengan amparo jurídico en la potestad de eliminar estas, lo que podría configurar un incumplimiento contractual, debiendo indicar, porque algunas preguntas tiene múltiples respuestas, cuando en la guía de orientación al candidato se indica que solo hay una única respuesta; por lo que al cambiar los parámetros de puntuación, la cantidad de aspirantes que avanzan a la siguiente etapa de valoración y calificación de méritos, es variable en función de las preguntas evaluadas. Y finaliza manifestando que no entiende como en un contrato que da inicio en noviembre de 2019, se identifican errores cuando se realizan las pruebas, en febrero de 2021, lo cual podría generar un detrimento matrimonial con el consecuente hallazgo Fiscal.

CONSIDERACIONES:

- DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, instituyó en nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la Acción de Tutela, como un instrumento sumario, preferente, ágil y efectivo para que los ciudadanos hagan valer, mediante reclamación que se podrá formular en todo momento y lugar, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que los mismos se les estén vulnerando o se vean amenazados por la acción o la omisión de los particulares o de cualquier autoridad pública o respecto de quienes el invocante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

El debate puntual sobre el cual gravita la solicitud de amparo constitucional consiste en determinar si las accionadas están vulnerando o no los derechos fundamentales invocados por el actor, y si como consecuencia de ello, se le debe ordenar a las accionadas la realización de una nueva prueba de competencias básicas y funcionales dentro del concurso de méritos N° 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332- territorial 2019.

Lo primero que se debe decir, es que a la acción de tutela se le dio el carácter de acción preferencial, sumaria y subsidiaria, porque según lo dispone el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, "...salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...".

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T-185 de 2007, sostuvo que la acción de tutela "...no puede ser entendida como un medio de defensa judicial que pueda reemplazar o sustituir los mecanismos procesales dispuestos por el legislador para la protección de los derechos; o que tenga la facultad de revivir términos vencidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Igualmente, tampoco puede sostenerse que sea el último recurso al alcance de los ciudadanos para obtener de los jueces el amparo de sus derechos. Por el contrario, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta debe ser concebida como el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren...".

En cuanto a la procedencia excepcional de la Acción de Tutela, para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, la Corte Constitucional en Sentencia T 090 de 2013, M.P. Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, señaló que sólo procede frente a la inminencia de un perjuicio irremediable o cuando existiendo otro medio de defensa, en la práctica es ineficaz; especificando que el

único perjuicio que habilitaría el Amparo Constitucional, es el que puede producirse de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; sin que exista forma de repararlo; que su ocurrencia sea inminente; que sea urgente la medida de protección y que la gravedad de los hechos sea tal, que no permite postergar la protección, pues de lo contrario, la Tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo.

En el caso de autos, y según se puede constatar en la página de la accionada CNSC, se expidió el Acuerdo N° 20191000001056 del 4 de marzo de 2019 "por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección por mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Agencia de Educación Superior de Medellín – SAPIENCIA (ANTIOQUIA) – Convocatoria No. 991 de 2019 – TERRITORIAL 2019", en el cual, como norma reguladora del proceso de selección que obliga tanto a la entidad objeto del mismo, a la CNSC, a la Universidad o institución de Educación Superior que lo desarrolla -FUAA-, como a los participantes inscritos, se establecieron los términos generales y la estructura del proceso de selección, así como los requisitos que debían reunir los participantes, los empleos convocados, y las pruebas a aplicar, carácter y ponderación de las mismas, entre otros; estando demostrado con el archivo digital 03 que el accionante se inscribió en el referido proceso de selección -Agencia de Educación Superior Medellín – Sapiencia-, fue admitido y presentó las pruebas de conocimiento obteniendo un puntaje de 58.67, no aprobatorio de la prueba básica funcional.

Conforme lo anterior, por regla general, la acción de tutela no es la vía adecuada para controvertir decisiones de índole administrativo, como es el Acuerdo por el cual se establecen las reglas del proceso de selección y el acto administrativo por medio del cual se publicaron los resultados definitivos de la prueba escrita de competencias que en esta oportunidad nos ocupa; salvo que haya una violación flagrante de un derecho fundamental, verbigracia el debido proceso, por el cual, tal como se reseñó desde la sentencia C-214 de 1994, se entiende, el “conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional o administrativa”, y que conforme con lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución, debe aplicarse, sin dilación alguna, a todas las actuaciones judiciales y administrativas en defensa de los derechos de los ciudadanos, respetando las formalidades propias de cada proceso, y garantizando la transparencia de las actuaciones y el agotamiento de todas las etapas.

El cual, en criterio de la Sala, no se aprecia violado en esta oportunidad, ya que se observó cada una de las etapas propias del concurso, pues una vez inscrito el accionante, validada la información registrada en el aplicativo web y verificados los requisitos mínimos, fue admitido; posteriormente, fue citado a las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, aplicando a las mismas, notificándose los resultados obtenidos en la página web de la accionada, brindándosele la posibilidad de presentar reclamaciones, las cuales en efecto presentó y le fueron resueltas por la entidad, todo en cumplimiento de lo dispuesto en el referido Acuerdo 20191000001056 -archivo 03 digital-.

Por consiguiente, respecto de los asuntos de índole administrativo propios del citado concurso, de los cuales discrepe el accionante, como lo son las supuestas anomalías en la elaboración de la prueba escrita y selección de ejes temáticos en relación con la guía de orientación al aspirante y la Resolución 317 de 2018 de la Agencia de Educación Superior, la eliminación de las preguntas que no fueron calificadas, o la ponderación de las pruebas, deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa,

pues en los términos del artículo 155 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Juez Administrativo tiene asignada la competencia para conocer de las acciones de nulidad prevista en el artículo 137¹ de la referida norma, y de nulidad y restablecimiento del derecho - artículo 138² ibidem-, en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad. Procedimientos en los que se cuenta con la posibilidad de estudiar a fondo las pretensiones propuestas por la parte actora y que, en criterio de esta Sala de decisión, son **idóneos** y **efectivos** para la protección de los derechos invocados por este, ya que cuentan con la posibilidad de solicitar medidas cautelares desde la presentación de la acción, conforme lo dispuesto en el artículo 229 ibid., que en su tenor literal establece:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo...”

Por las consideraciones anteriores, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, 20 de agosto de 2021, dentro de la presente acción de Tutela promovida por el señor **JUAN DAVID CARDONA ARANGO** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA -FUAA-**, y los vinculados, participantes en el proceso de selección N° 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 – Territorial 2019, según las consideraciones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes, mediante telegrama o por cualquier otro medio eficaz de conformidad con los artículos 16 y 30 del decreto 2591 de 1991.

¹ ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían 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.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

2 ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. 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 procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

TERCERO: REMÍTASE a la Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con el art. 31 inciso 2 del Decreto 2591 de 1991.

Se termina la diligencia y se firma en constancia.

Los Magistrados,



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ