

Santa Marta, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICACION	: Nro. 47-001-3331-003-2023-00039-00
ACTOR	: CRISTIAN PEÑA MENDOZA
OPOSITOR	: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC- UNIVERSIDAD LIBRE
ACCION	: TUTELA

I.OBJETO A DECIDIR

Procede este Despacho Judicial a proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, presentada por CRISTIAN PEÑA MENDOZA en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - UNIVERSIDAD LIBRE por la presunta vulneración de su derecho fundamental de debido proceso administrativo.

II. ACCIONANTE

La presente acción Constitucional fue presentada por el señor **CRISTIAN PEÑA MENDOZA**.

III. ACCIONADO

Esta tutela está dirigida en contra COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- UNIVERSIDAD LIBRE.

IV. LO QUE SE PIDE

Sobre las pretensiones de la parte actora, en su escrito tutelar solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y en consecuencia de ello se ordene a la CNSC suspender las siguientes etapas del proceso de selección únicamente en la OPEC 183678 correspondiente al cargo de Docente Orientador en el ente territorial Secretaría de Educación Distrital de Santa Marta, se declare la nulidad de la de la metodología de calificación aplicada a mi prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional, y se ordene a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria.

V. ANTECEDENTES

5.1. La demanda

Como hechos que describe la parte actora, se transcribe por este Despacho lo siguiente:



PRIMERO: De conformidad con la NOTA del numeral 2.4 del Anexo por el cual se establecen las condiciones específicas de las diferentes etapas del proceso de selección, Unilibre debió publicar en la Guía de Orientación al Aspirante (GOA) de manera detallada la forma de calificación de las pruebas escritas..

SEGUNDO: Unilibre en agosto de 2022, autorizada previamente por la CNSC, publicó en la p. 34 de la GOA la forma de calificación de las pruebas escritas. Utilizó 47 palabras para detallar la puntuación decimal truncada e ilustró el asunto con un ejemplo concreto y sencillo. Utilizó cinco (5) palabras para comunicar la metodología de calificación, esto es, los nombres de dos metodologías. “puntuación directa” y “puntuación directa ajustada”.

Para detallar la puntuación directa ajustada no utilizó palabra alguna, no presentó simbología matemática o estadística para una ecuación o fórmula concreta, no publicó un ejemplo concreto. La puntuación directa ajustada simplemente fue nombrada, pero no fue detallada.

TERCERO: 5 meses después de la publicación de la GOA, Unilibre comunica privadamente los detalles de la puntuación directa ajustada. Los detalles omitidos en la GOA me fueron comunicados como respuesta a mi reclamación.

CUARTO: Unilibre aplica la calificación con ajuste proporcional a mi prueba eliminatoria y obtiene el siguiente resultado.

SEXTO: La CNSC declara que el suscrito accionante “NO CONTINUA EN CONCURSO” para las siguientes etapas del proceso de selección. Lo hace con base en la puntuación que Unilibre me asigna en la prueba escrita de carácter eliminatorio. (...)”

5.2. Pruebas presentadas:

1. Acuerdo de convocatoria N° 2138 de octubre de 2021
2. Acuerdo de convocatoria modificado N° 214 de marzo de 2022
3. Acuerdo de convocatoria modificado No. N° 296 mayo de 2022
4. Anexo 1 Licitación LP 02 de 2022
5. Anexo del Acuerdo de convocatoria
6. Cédula de ciudadanía
7. CNSC Respuesta 2022RE262581
8. GOA Personero Cajicá
9. Guía de Orientación al Aspirante
10. Reclamación complementaria
11. Reclamación inicial
12. Constancia de inscripción
13. Respuesta Reclamación CNSC Unilibre

5.3. Recuento procesal:

Mediante auto de fecha 15 de febrero de 2023 se admitió la tutela, se notificó en legal forma al señor Director de la Comisión Nacional del Servicio Civil y al señor rector de la Universidad Libre de la ciudad de Barranquilla.



La UNIVERSIDAD LIBRE manifestó:

“(...) Sea este el momento preciso para indicar que los argumentos esgrimidos por la accionante no están llamados a prosperar, teniendo en cuenta que la aspirante ha podido ejercer en toda su plenitud los derechos consagrados para los participantes del concurso de méritos que nos atañe, tal y como lo manifiesta, fue recibida sin mayores inconvenientes su reclamación y/o complementación presentada en termino y cuya respuesta pudo conocer el aspirante el día 2 de febrero de 2023, fecha dispuesta por la CNSC para tal fin.

Sumado a lo anterior, se itera que las normas que rigen el concurso son publicadas de manera previa a la ejecución del concurso, con la finalidad de que sean conocidas por los ciudadanos interesados en hacer parte del Proceso de Selección y que dentro de estas normas se establece en su articulado que con su inscripción acepta las condiciones planteadas y se somete, al igual que los demás aspirantes al cumplimiento de las mismas en virtud del principio de igualdad.

Por lo tanto, el procedimiento adelantado por la Universidad Libre como operadora del proceso, se encuentra acorde con lo establecido en las reglas previamente aceptadas por los aspirantes en la inscripción

Sea preciso indicar en este punto que todas las actuaciones realizadas por la CNSC y la Universidad Libre se han regido bajo un marco de legalidad que gobierna el presente concurso de méritos, donde la CNSC en el uso de las facultades conferidas mediante mandato legal, estableció las directrices aplicables el Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, que son la norma rectora que determina los derechos y deberes que le atañen a las personas que decidan ser parte del presente concurso de méritos, e igualmente obliga a la Universidad Libre como operadora del contrato al cumplimiento de dicho Acuerdo y por ende adecuar su actuar para garantizar la máxima protección de los derechos de los aspirantes.

Es por lo anterior que con las peticiones pretendidas con el presente amparo constitucional impetrado por el accionante, de ser concedidas representan una violación a la confianza legítima, transparencia e imparcialidad que le asiste a los demás aspirantes que válidamente y de buena fe, presentaron las pruebas escritas, reclamaciones y complementaciones con la expectativa de continuar en el concurso bajo las mismas condiciones de igualdad que se fundamentan en el Acuerdo y el Anexo Técnico referidos,

razón por la cual de proceder las peticiones solicitadas se violentan los principios de buena fe y seguridad jurídica que le asiste a todos los aspirantes en el desarrollo del presente concurso; y adicionalmente se pone en duda la confianza legítima de la administración en cabeza de la



*CNSC, que ha desarrollado el presente Proceso de Selección bajo los lineamientos constitucionales y legales aplicables al caso.
(...)”*

LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC Manifestó:
“(…)”

Esta acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante frente al concurso de méritos, en especial, la etapa de aplicación y calificación de las pruebas escritas que se encuentra contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, precisando que en últimas la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo y las normas que lo regulan, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya sea a través del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual, la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos2..

En el presente caso, no sólo el accionante no demuestran la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en cada caso concreto; sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir el acto administrativo desfavorable a sus intereses, porque para ello bien pudo y puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Ahora bien, una vez revisado el líbello de tutela, se identifica que el único motivo de inconformidad del accionante lo constituye el hecho de considerar que la CNSC y la Universidad libre están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y los principios de publicidad, moralidad, buena fe, transparencia y coordinación, por cuanto se omitió publicar en la Guía de Orientación al Aspirante los escenarios o métodos de calificación para la prueba eliminatoria, así como el que el anexo de la licitación obliga al contratista a aplicar el escenario de mayor favorabilidad para el aspirante, de tal manera que en la GOA se indicó dos tipos de escenario: puntuación directa y puntuación directa ajustada; de tal manera que se debió haber aplicado la primera por favorecerle más. Además, aduce que en ningún momento se indicó que mientras más aspirantes se presenten a una misma OPEC, más alto debe ser el desempeño mínimo del aspirante.

De acuerdo con lo anterior, los resultados preliminares de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica, fueron publicados el 03 de noviembre de 2022, de ahí que, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante aviso publicado el día 27 de octubre de 2022, notificó a los aspirantes la apertura de la etapa de reclamaciones que se surtió los días 4, 8, 9, 10 y 11 de noviembre del mismo año.



Superada la etapa de reclamaciones, mediante aviso publicado el 15 de noviembre de 2022 en el sitio web de la CNSC, se informó a los aspirantes que el acceso a pruebas se llevaría a cabo el día 27 de noviembre de la misma anualidad y, por ende, en consideración a las reglas del proceso de selección, la etapa de complementación a las reclamaciones se surtiría los días 28 y 29 de noviembre de 2022, como efectivamente se realizó.

Cabe señalar que en la etapa de acceso a pruebas los aspirantes tienen acceso al cuadernillo, la hoja de respuestas diligenciada y la hoja de respuestas clave (hoja con las respuestas correctas), esto para que los aspirantes puedan contar con la información necesaria para que, en caso de considerarlo pertinente, complementen la reclamación en los términos señalados para ello.

Expuesto lo anterior, se tiene que el accionante efectivamente presentó reclamación dentro de los términos indicados previamente, la cual fue resuelta de fondo respuesta publicada a través del aplicativo SIMO el pasado 02 de febrero de la presente anualidad.

Por otro lado, en cuanto a la inconformidad expuesta por el accionante en la que manifiesta la inconformidad con el método de calificación utilizado para la obtención de sus resultados, se precisa que la misma fue resuelta de fondo en la respuesta a la reclamación; motivo por el cual se reitera en lo pertinente por encontrarse ajustadas a derecho

Como ha sido expuesto al despacho, el hoy accionante presentó reclamación en los términos establecidos, situación ante la cual la Universidad Libre, operador contratado para la ejecución de pruebas atendió la reclamación presentada, comunicando de su respuesta al señor CRISTIAN ENRIQUE PEÑA MENDOZA mediante el aplicativo SIMO el día 02 de febrero de 2023.

Ahora bien, del escrito de tutela es posible evidenciar que la inconformidad principal del señor CRISTIAN ENRIQUE PEÑA MENDOZA se da con relación al método de calificación, por cuanto considera que se le vulneran sus derechos al no ser un método para él favorable. (...)”

VI. CONSIDERACIONES

6.1 EL PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe en determinar si la entidad accionada está vulnerando al señor CRISTIAN PEÑA MENDOZA, su derecho fundamental al debido proceso administrativo, por la presunta omisión de publicar en la Guía de Orientación al Aspirante los escenarios o métodos de calificación para la prueba eliminatoria, así

como el que el anexo de la licitación obliga al contratista a aplicar el escenario de mayor favorabilidad para el aspirante.

6.2 PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

6.2.1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA: SUBSIDIARIEDAD.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política.

Para la procedencia de la acción, es necesario, que el afectado, no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley. Pero ha sido enfática la Jurisprudencia Constitucional en señalar que: *“la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”*¹

El principio de subsidiariedad prevé que la acción de tutela no procederá: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*

Pues bien, respecto de los hechos que fundamentan la acción de tutela, debe indicarse que no pierde de vista el Despacho que el artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos.

¹ T-565-2009



De manera que consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Ahora bien, se tiene que el actor deprecó la protección de su derecho fundamental al acceso a cargos públicos. Sobre el particular el artículo 40, numeral 7° de nuestra Carta Política señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse”. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad.

En consonancia con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional recalcó en la sentencia T-049 del 11 de febrero de 2019 con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER que “la acción de amparo, en principio, no procede para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, salvo en los siguientes casos:

“- Cuando la persona afectada no tenga mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional.

- Cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción”.



Frente al tema “Carácter subsidiario e inmediato de la acción de tutela”, expresó la Corte:

(...)

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la 6 Constitución, es el único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho...”

Aunado a lo anterior, frente al punto “Subsistencia del orden jurídico compatible con la Carta”, manifestó La Corte:

“Debe tenerse en cuenta que, como ya lo dijo esta Corte, la Constitución de 1991 no contiene una cláusula por medio de la cual haya sido derogada en bloque la legislación que estaba vigente al momento de su expedición. El artículo 380 se limitó a derogar la Carta de 1886 con todas sus reformas. Es decir, los cambios se produjeron en el nivel constitucional; las demás escalas de la jerarquía normativa siguen vigentes mientras no sean incompatibles con la nueva Constitución (artículo 4º C.N.).

Es claro que las leyes por medio de las cuales han sido establecidas las competencias de los jueces en las diversas materias objeto de su función, los procedimientos previos a las decisiones que adoptan y los recursos que pueden intentarse contra tales decisiones en nada desconocen la preceptiva constitucional y, por el contrario, son desarrollo de las normas contenidas en el Título VIII de la Carta.

En ese orden de ideas, la acción de tutela no puede asumirse como un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor. El entendimiento y la aplicación



del artículo 86 de la Constitución tan solo resultan coherentes y ajustados a los fines que le son propios si se lo armoniza con el sistema.”

6.2.3 LA ACCIÓN DE TUTELA RESPECTO DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

La Corte Constitucional a través de la sentencia SU-691 de 2017, se pronunció en cuanto a la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez cuando lo que se busca es controvertir las actuaciones surtidas en concurso de méritos. En esa providencia, la Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha sido sólida al sostener que, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.

Ahora bien, de cara a los hechos expuestos en el escrito tutelar se tiene que, la máxima guardiana de la Constitución Nacional, ha discurrido reiteradamente al indicar que, en principio, la acción de tutela no resulte ser el mecanismo judicial por excelencia para enjuiciar actos administrativos o controvertir decisiones que se adopten en el curso de un concurso de méritos para acceder a la oferta de los empleos públicos.

Sobre el particular, se ha insistido que la acción constitucional no resulta procedente como mecanismo principal y definitivo, cuando se procure la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados o amenazados como



consecuencia de la expedición de actos administrativos, puesto que, para controvertir la legalidad o los vicios de los mismos ya el legislador estableció la herramienta jurídica ante la Justicia Contenciosa Administrativa en los cuales si se quiere se puede solicitar en la demanda la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos que se consideran lesivos de sus derechos.

Dicha medida provisional debe ser atendida por el Juez de Conocimiento una vez se proceda a impartirle el trámite a la demanda que se adelante con tal fin, por lo que, brinda al administrado una garantía de sus derechos que si bien puede ser utilizada o no por el usuario, se presenta como una alternativa para cesar por lo menos transitoriamente los efectos de los actos administrativos que se presume lesionan los derechos fundamentales del interesado.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos expedido en el curso de una convocatoria pública para ofertar cargos públicos como en el presente asunto, se tiene que la Corte Constitucional ha previsto que por vía de excepción la procedencia de la acción de tutela como mecanismo preferente siempre y cuando una vez valorado el caso particular, se advierte que se configuran las sub reglas decantadas por esa misma Corporación para su viabilidad, ello a pesar de existir otro medio de defensa judicial. Dichas sub-reglas se resumen en la procedencia excepcional *de este mecanismo preferente y sumario contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-090 del 26 de febrero de 2013, se pronunció sobre la improcedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptas mediante actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.

En tal sentido, indicó lo siguiente:

“3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la



demanda como medida cautelar la suspensión del acto². Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos *subreglas* excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas *subreglas* se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última *subregla* cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar⁴. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera *subregla* antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) *se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental*; (ii) *de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido*; (iii) *su*

² Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

³ Esta *subregla* de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política.

⁴ Sentencias T-175 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-606 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-169 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa).



ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”⁵. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño”.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, es claro *prima facie*, que la acción de tutela por regla general resulta improcedente para dirimir conflictos o controversias legales que surgen con ocasión de la adopción de decisiones o expedición de actos administrativos derivados de proceso de concurso de méritos, puesto que para la solución de este tipo de asuntos, el legislador consagró en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la acción con la pretensión pertinente para garantizar el ejercicio y la protección de dichos derechos.

⁵ Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

No obstante, lo anterior, en caso de que el accionante acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela por vía de excepción, se tornaría procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

6.3. PREMISAS FACTICAS Y CONCLUSIONES DEL JUZGADO

6.3.1. CASO CONCRETO

El señor CRISTIAN PEÑA MENDOZA, impetró ante este Despacho Acción de Tutela contra COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-UNIVERSIDAD LIBRE, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso administrativo, por la presunta omisión de la entidad accionada en publicar en la Guía de Orientación al Aspirante los escenarios o métodos de calificación para la prueba eliminatoria, así como el que el anexo de la licitación obliga al contratista a aplicar el escenario de mayor favorabilidad para el aspirante.

Así las cosas, conforme los medios de prueba documentales allegados con las contestaciones, se aprecia:

1. Que el accionante, se inscribió para el empleo de DOCENTE ORIENTADOR, de la entidad territorial certificada en educación Departamento de Córdoba, Rural, identificada con el código OPEC 182424, por lo tanto, para superar la prueba de aptitudes y competencias básicas, debía obtener un puntaje igual o superior a 60.00 puntos.
2. Que los resultados preliminares de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica, fueron publicados el 03 de noviembre de 2022. La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante aviso publicado el día 27 de octubre de 2022, notificó a los aspirantes la apertura de la etapa de reclamaciones, la cual se llevó a cabo los días 4, 8, 9, 10 y 11 de noviembre de 2022.
3. Culminada la etapa de reclamaciones, mediante aviso publicado el 15 de noviembre de 2022 en el sitio web de la CNSC, se informó a los aspirantes que el acceso a pruebas se llevaría a cabo el día 27 de noviembre y seguidamente, la etapa de complementación a las reclamaciones se tramitaría los días 28 y 29 de noviembre de 2022.
4. Que la parte actora presentó reclamación dentro de los términos indicados para ello, siendo resuelta de fondo y publicada a través del aplicativo SIMO en calenda 2 de febrero de febrero de 2023.



5. Que el tutelante solicitó, se diera a conocer el desarrollo del método de calificación, pretensión sobre la cual se le profirió respuesta en calenda 2 de febrero del 2023.

Cabe resaltar que la parte actora en el libelo de esta acción constitucional solicita la declaratoria de nulidad de la metodología de calificación aplicada a su prueba eliminatoria denominada método con ajuste proporcional y en caso de no prosperar las dos primeras pretensiones solicita que se ordene:

- A) SUSPENDER las etapas del proceso de selección únicamente en la OPEC 183891 correspondiente al cargo de docente de Matemáticas en el ente territorial Santa Marta.
- B) Ordenar a las accionadas la aplicación de la metodología de puntuación directa para emitir la puntuación definitiva de su prueba eliminatoria. Esto con los efectos o consecuencias que acarree frente a los otros aspirantes de la misma OPEC y o la de Bucaramanga.

En primer lugar, teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales que han sido reiteradas por la Corte Constitucional en principio la acción de tutela no es el medio idóneo y eficaz para controvertir los concursos de méritos, no obstante, la misma Corte Constitucional ha dicho que el Juez Constitucional está en la obligación de revisar el caso concreto con el fin de determinar si puede consumarse un perjuicio irremediable.

Al respecto, resulta diáfano que, tal como lo señalaron las accionadas, la solicitud de amparo adolece del requisito de subsidiaridad toda vez que el reclamante dispone de otros medios de defensa a través de los cuales puede procurar la protección de los derechos fundamentales que estima transgredidos, teniéndose en cuenta que tiene a su disposición los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de los cuales debe ventilarse la controversia planteada por el interesado, que no demostró haber agotado de forma previa.

Todo ello, impide la injerencia del juez constitucional en asuntos de tal linaje pues de lo contrario se desnaturalizaría el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela.

Es menester señalar por parte de este agencia judicial, que de la lectura del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos *definitivos*, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos *transitorios*, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.



Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.

Aunado a que el amparo tampoco se abre paso como mecanismo transitorio, por cuanto para que se esté en presencia de un perjuicio irremediable, se requiere que el daño revista cierta gravedad e inminencia más allá de lo puramente eventual, y que sólo pueda evitarse con medidas urgentes e impostergables propias de la tutela, situación que no fue alegada y acreditada por el pretensor de la causa.

Así, se encuentra que la eficacia de dar inicio a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido debatida en este tipo de asuntos, pues se ha establecido que las pretensiones dentro del mecanismo ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho podrían extenderse en el tiempo de forma injustificada hasta ser resueltas y que las mismas no garantizaban el acceso al cargo para el cual se concursó; sin embargo, con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011 se concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección a través de medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia y una menor vulneración de derechos.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019 expuso que:

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del “objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”

Teniendo en cuenta que “la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional”, los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18- 002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**Consejo Superior de la Judicatura
Seccional de la Judicatura del Magdalena
Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta**

particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”.

De suerte que como la acción no cumple con los requisitos generales de procedibilidad, no es posible adentrarse en el estudio de los hechos narrados y la crítica concreta, corolario de lo cual deviene declarar improcedente la petición de tutela por tal motivo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela incoada por el señor CRISTIAN PEÑA MENDOZA en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la UNIVERSIDAD, en virtud a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes el presente fallo por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se sirva publicar en su página web la presente decisión y de esta manera quienes se interesen tengan conocimiento de lo decidido.

CUARTO: De no ser impugnada esta providencia, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**ROSALBA ESCORCIA ROMO
JUEZ**

Firmado Por:
Rosalba Escorcía Romo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 005 Administrativa
Santa Marta - Magdalena

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **58150cba80fa7f33817042834f5f84b42e33db9dc1ec366b6b68c9fec7d8a5a1**

Documento generado en 28/02/2023 12:04:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>