



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CONOCIMIENTO

Bucaramanga, veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede resolver la acción de tutela formulada por el señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, MINISTERIO DE EDUCACIÓN y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA, por la presunta violación a sus derechos a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO y ACCESOS A CARGOS PÚBLICOS.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El señor **BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ** refirió que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN y la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA ofertaron cargos en el concurso de méritos 2150 al 2237 de 2021 y 2316 de 2022, el cual está siendo desarrollado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, encontrándose inscrito para el cargo de Docente de área de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia identificado con la OPEC 184427.

Indicó haber aprobado las pruebas de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas, decidiendo la CNSC en la etapa de verificación de requisitos mínimos que no cumple los requisitos de educación, por cuanto su diploma de abogado no es un documento válido, pues esta disciplina académica no se encuentra prevista dentro de la OPEC.

Añadió que el 3 de abril de 2023 interpuso una reclamación a través de la plataforma SIMO con número 641195199 solicitando se diera aplicación a la providencia proferida por el Consejo de Estado que decretó como medida



cautelar la orden de inclusión provisional en el apartado 2.1.4.4 del anexo técnico de la Resolución 003842 del 18 de marzo de 2022 proferida por la Ministra de Educación Nacional, del título de profesional en derecho como uno de aquellos que sirven para acceder al cargo de docente de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia; advirtió a su vez que en la actualidad hay abogados adscritos a la Secretaría de Educación como docentes en propiedad, pues aprobaron el concurso anterior, e incluso hay abogados en provisionalidad vinculados como docentes en este Municipio y Departamento.

Añadió que a su juicio se vulnera el derecho a la igualdad, en la medida que el MEN facultó hasta el desarrollo del último concurso docente la carrera de derecho, para el desarrollo de los cargos de docente de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia, lo que no se replicó en el presente proceso, pese a que dentro de los requisitos se exigen estudios políticos y resolución de conflictos, cuando tales componentes integran la carrera de derecho, configurándose un perjuicio irremediable en la medida que los abogados serán excluidos de la posibilidad de ejercer su profesión desde la esfera de la educación pública, siendo así que una vez se continúe con el concurso, no tendrá la posibilidad de participar en igualdad de condiciones por el cargo, siendo por ello necesario que vía tutela se suspenda el mismo, hasta tanto los accionados adecuen sus actos administrativos a la providencia expedida por el Consejo de Estado.

PRETENSIÓN

En atención a lo anterior solicitó el accionante se tutelaran sus derechos a la igualdad, debido proceso, acceso al empleo público y escogencia de profesión y oficio, y en consecuencia se ordenara a los accionados dar cumplimiento a la providencia expedida por el Consejo de Estado en el radicado 110011032500020220031800, permitiéndole como abogado continuar en el proceso de selección, realizando la modificación de la Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022 y la OPEC 184427, incluyendo la carrera de derecho como título válido en los requisitos mínimos de estudio.



Elevó además como medida provisional, la suspensión inmediata del concurso de méritos, indicando que de continuar el mismo, se afectaría la posibilidad de que profesionales del derecho puedan seguir dentro del proceso de selección.

PRUEBAS

- 1-. Copia de cédula de ciudadanía del señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ.
- 2-. Diploma de Abogado del señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ.
- 3-. Tarjeta profesional de Abogado del señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ.
- 4-. Inscripción del señor BAYRON FBAIAN VARGAS HERNANDEZ en la plataforma SIMO de fecha 25 de mayo de 2022.
- 5-. Capturas de pantalla de resultados y solicitudes a pruebas en la plataforma SIMO.
- 6-. Captura de pantalla de reclamación interpuesta en la plataforma SIMO el 3 de abril de 2023, junto con el escrito allegado por él.
- 7-. Providencia del 16 de diciembre de 2022 proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO en el proceso de radicado 11001032500020220031800.

TRAMITE

El 11 de abril de 2023 se avocó conocimiento de la acción de tutela promovida y se corrió traslado de la demanda al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, vinculando al DIRECTOR DE LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA y a quienes se inscribieron en el proceso de selección N° 2150 al 2237 de 2021 y 2316 de 2022 de Directivos docentes y Docentes en el Código OPEC 184427 – **ordenando para el efecto la publicación en la página web de**



la CNSC de la acción, sus anexos y el auto proferido, lo que fue debidamente cumplido, como se puede observar en archivo 15 del expediente digital -.

Se solicitó además al MINISTERIO DE EDUCACIÓN conceptuara respecto a lo manifestado en los hechos de la demanda, en relación a la orden de inclusión provisional del título de profesional en derecho como uno de aquellos que sirven para acceder al cargo de docente de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia.

Por último, no se accedió al decreto de la medida provisional solicitada, teniendo como fundamento los presupuestos definidos en Auto 259 del 26 de mayo de 2021 para su concesión, advirtiéndose que el contenido del libelo introductorio de la acción Constitucional, no permitía pregonar el estándar de veracidad mínimo – entendido en la forma y términos puntualizados por la Suprema Corporación – para la aplicación de la misma.

2-. El **SECRETARIO DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA** refirió que el cierre de inscripciones dentro del concurso al que el actor se presentó, fue el 24 de junio de 2022, fecha previa al pronunciamiento emitido por el H. CONSEJO DE ESTADO que decretó la medida cautelar el 16 de diciembre de 2022, en el que se incluyó de manera provisional la carrera de derecho para acceder al cargo de docente de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia, siendo así que para la fecha de cierre de inscripciones del concurso, la norma vigente sin modificaciones era la Resolución 003842 del 18 de marzo de 2022 que no prevé tal título como requisito para acceder al cargo, por lo que a su juicio cualquier modificación desconocería los derechos de los demás participantes que optaron por no inscribirse al advertir que tal profesión se encontraba excluida.

Por otra parte, adujo que el desarrollo del proceso de selección lo adelanta la CNSC y el contratista que este seleccione, no teniendo injerencia alguna la entidad que representa en la expedición de los reglamentos que establecen los manuales de funciones de docentes – lo que compete al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -, advirtiéndole que quienes ingresaron en carrera



docente o provisional con la profesión de derecho, lo hicieron únicamente en vigencia de la Resolución 15683 de 2016.

Se opuso en consecuencia a las pretensiones de la demanda, indicando que mal haría el Despacho en favorecer a un aspirante que se inscribió sin el cumplimiento de requisitos, desconociendo las circunstancias de los demás participantes que siendo abogados no realizaron su inscripción, asunto este que requiere de un análisis profundo por parte del juez administrativo, existiendo además a la fecha una acción de nulidad que cursa en el Consejo de Estado, en la que se revisan las causas por las cuales se excluyó la profesión de derecho como requisito para optar como docente de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia.

Concluyó así que en el presente evento o se mantienen las condiciones a la fecha de cierre de inscripciones del concurso – en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, inscritos y no inscritos – o se da cumplimiento a la medida cautelar del Consejo de Estado y se retrotraen los actos administrativos hasta la etapa de inscripciones para evitar vulnerar derechos colectivos de los profesionales del derecho, no siendo la acción de tutela el mecanismo idóneo para ello, por lo que solicitó se declarara la improcedencia de la acción.

3-. El Apoderado Especial de la **UNIVERSIDAD LIBRE** refirió que, en todo proceso de selección, la convocatoria es la regla a seguir por el convocante y los participantes.

Añadió que el actor presentó reclamación dentro de los términos señalados contra los resultados preliminares de la etapa de verificación de requisitos mínimos, la que se encuentra en trámite, pues el periodo para recepción de reclamaciones culminaba hasta el 5 de abril de 2023, siendo así que la respuesta le será dada a conocer en la fecha fijada por la CNSC, lo que será informado con una antelación no inferior a 5 días hábiles, como lo establece el Acuerdo, situación que hace improcedente el amparo, por incumplimiento de los requisitos de residualidad y subsidiariedad.



Por otra parte, refirió que el título de derecho, no es un documento válido para la acreditación del cumplimiento del requisito mínimo de educación, advirtiendo que la medida cautelar a la que hace referencia el actor fue dictada por el Consejo de Estado hacia el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, por ser la entidad que publicó el acto administrativo en discordia, sin que la CNSC ni la institución que representa fueran notificadas al respecto, no pudiendo además perderse de vista que es una medida susceptible de modificaciones a la que no puede otorgársele alcance definitivo.

Destacó a su vez, que la medida cautelar se decretó en medio del desarrollo de un concurso de méritos, seis meses después del cierre de inscripciones y tres meses después de aplicadas las pruebas, por lo que acceder a lo pretendido iría en contravía del derecho a la igualdad de quienes siendo abogados se abstuvieron de participar en el proceso, en consideración a las reglas que gobernaban el concurso, siendo el manual de funciones – Resolución 3842 de 2022 -, de obligatorio cumplimiento para la administración y los participantes, sin que puedan permitirse efectos retroactivos de la medida.

Concluyó así haber justificado debidamente la decisión de inadmisión, habiendo respetado las reglas del concurso y el derecho a la defensa del actor, quien conocía las normas del mismo, existiendo en todo caso un medio idóneo para controvertir el acto administrativo en cuestión, por lo que solicitó se declarara improcedente la acción promovida.

4-. El JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL refirió la naturaleza excepcional y subsidiaria de la acción de tutela, señalando que el inconformismo del actor se encuentra plenamente reglamentado en el Acuerdo rector del concurso, acto administrativo de carácter general, respecto del cual el actor cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlo, no siendo esta la vía para cuestionar su legalidad, máxime cuando no demostró la inexistencia de un perjuicio irremediable.



Adujo a su vez que el proceso de selección tuvo el inicio de la etapa de inscripciones el 13 de mayo de 2022, momento para el cual estaba vigente la Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, siendo así que conocía el demandante la condición de los títulos de formación académica que debía acreditar, conforme a lo establecido por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, entidad competente para la adopción del manual de funciones, requisitos y competencias, en el que no se contempló el derecho como una profesión válida para el desempeño del cargo, no obstante lo cual este se inscribió.

Anotó que en este orden de ideas desde marzo de 2022 pudo el actor acudir a los mecanismos de defensa judicial idóneos, no cumpliéndose en este evento con el principio de inmediatez, ni con el de subsidiariedad, pues no accionó a través de los medios de control dispuestos en la jurisdicción contenciosa, solicitando así se declarara la improcedencia de la acción al no haber vulnerado de su parte derecho fundamental alguno.

5- El **JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** refirió que efectivamente cursa a la fecha una demanda de nulidad en el Consejo de Estado, por no haber incluido el título profesional del derecho para acreditar el requisito de estudio de los docentes en el área de ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia, no siendo cierto que esta se relacione con las Convocatorias 2150 a 2237 de 2021.

Precisó frente a los criterios técnicos que dieron origen al retiro del título de derecho para el ejercicio docente, haber solicitado un concepto a la Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, que indicó que los títulos de profesionales en áreas diferentes a las ciencias de la educación o no licenciados no deberían considerarse idóneos para desempeñar la docencia de aula en los niveles de educación básica o media, en tanto su formación no puede considerarse suficiente para este propósito y no los habilita para orientar procesos académicos y socioafectivos en la formación de niños y jóvenes, razón por la que atendiendo a su sugerencia fue retirado el título de derecho para ser



docente de aula, encontrándose habilitado para desempeñarse como directivo.

Precisó que por tratarse de un tema tan delicado como la educación de los niños y jóvenes, no se puede por una medida cautelar, afectar las convocatorias en curso, modificando requisitos establecidos en la Resolución 003842 del 18 de marzo de 2022, pues ello conllevaría a tener que revocar actos administrativos de nombramientos y a que el Estado tuviera que indemnizar a las personas que se permitió vincular, sin que su profesión estuviera habilitada para ejercer la docencia.

Manifestó además que en el proceso ya pasó la etapa de inscripciones y pruebas, por lo que conocía el actor desde que se inscribió, que su profesión no se encontraba dentro de las habilitadas para ejercer la docencia y dejó pasar todo el proceso, cuando personas que pudieron haberse inscrito, teniendo su misma profesión, no lo hicieron siguiendo las reglas del concurso, existiendo en todo caso otros mecanismos para conseguir lo pretendido, sin que de su parte se le vulnerara derecho fundamental alguno, por lo que solicitó ser desvinculado de las diligencias.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política, en su artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo de defensa judicial al que pueden acudir quienes reclamen la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, por particulares encargados de la prestación de un servicio público o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Corresponde al Despacho determinar si los derechos a la igualdad, debido proceso, acceso al empleo público y escogencia de profesión y oficio del señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ han sido vulnerados por el



MINISTERIO DE EDUCACIÓN, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL al resolver que no superó la etapa de verificación de requisitos mínimos de educación, alegando que su diploma de abogado no es un documento válido dentro de la OPEC para la cual se inscribió, cuando indica que este antes se encontraba incluido y existen personas en provisionalidad y propiedad que desempeñan el cargo de docente; y si en consecuencia es procedente la acción de tutela para ordenar a los accionados permitirle continuar en el proceso de selección y modificar la Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022 y la OPEC 184427, incluyendo la carrera de derecho como título válido, en cumplimiento de la providencia expedida por el Consejo de Estado en el radicado 110011032500020220031800.

Ahora bien, es de advertir que contrario a lo referido en el libelo, por regla general no es este el medio para controvertir decisiones administrativas tomadas en el curso de un proceso de selección dentro de un concurso de méritos, no obstante lo cual excepcionalmente procede el amparo constitucional de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso, al evaluar la idoneidad de los demás mecanismos de defensa judicial ante la existencia de un perjuicio irremediable y la necesidad inminente de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados por una actuación manifiestamente ilegítima de la administración, así se ha dicho:

“3.2. Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria. 3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente.”¹

¹ Sentencia T-682/16



“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 acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. 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 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. 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 tutelar. 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.”²

En este punto es de precisar desde ya una circunstancia que implica el incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad que caracteriza esta acción constitucional, siendo de advertir que conforme obra en el libelo y fuera ratificado por la UNIVERSIDAD LIBRE, el señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ interpuso reclamación el 3 de abril de 2023 contra la decisión de no admitirlo como resultado de la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos de educación, y antes de que se resolviera su solicitud por parte de la autoridad competente, acudió al amparo constitucional, cuando según reposa en los avisos informativos del portal web de la CNSC las respuestas a las reclamaciones y resultados definitivos de la etapa de verificación de requisitos mínimos fue publicada hasta el 18 de abril de 2023, habiendo incoado la demanda desde el 11 de abril del año en curso, fecha para la que se desconocía el sentido de la resolución de su situación, actuar este que

² Sentencia T 090 de 2013



contraría la naturaleza excepcional y residual del mecanismo que nos ocupa, si en cuenta se tiene que antes de ser decidida su solicitud, pretendió equivocadamente que el asunto fuera dilucidado por el Juez de Tutela, así se ha dicho:

“no puede olvidarse que cuando el objeto de una determinada solicitud tiene previstos en la ley ciertos trámites y requisitos, o cuando se han consagrado términos específicos para resolver sobre ella, el peticionario debe someterse a la normatividad respectiva, sin pretender, mediante peticiones relativas al fondo del mismo asunto que es materia de trámite, la modificación de lo ya reglado. El derecho de petición tiene por finalidad hacer posible el acceso de las personas a la autoridad pública para que ésta, obligada como está por el artículo 23 de la Constitución, se vea precisada no solamente a tramitar sino a responder de manera oportuna las solicitudes elevadas por aquéllas en interés general o particular, pero no tiene sentido cuando la administración ha asumido de oficio una actuación que adelanta ciñéndose a los términos y requerimientos legales. En tales eventos las reglas aplicables para que se llegue a decidir sobre el fondo de lo solicitado son las que la ley ha establecido para el respectivo procedimiento, que obligan a los particulares involucrados tanto como a las dependencias oficiales correspondientes, de modo tal que -en la materia propia de la decisión final- no tiene lugar la interposición de peticiones encaminadas a que el punto objeto de la actuación administrativa se resuelva anticipadamente y por fuera del trámite normal.”³

“La acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso. Si las anteriores razones se exponen respecto de procesos judiciales, con mayor razón resulta improcedente la acción de tutela, cuando se trata de atacar, por la posible ocurrencia de una vía de hecho, actuaciones administrativas, disciplinarias o fiscales, según el caso, que se encuentran en trámite, pues, como se advirtió, no sólo pueden ser alegadas dentro del propio proceso, sino que, además, cuentan con la posibilidad de que una vez culminada esta actuación, el afectado puede interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sólo excepcionalmente, frente a un probado perjuicio irremediable, podría proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio.”⁴

³ Sentencia T 414 de 1995

⁴ Sentencia T 418 de 2003



Al margen de la anterior circunstancia que no podía ser pasada por alto, es de ver que el resultado de la reclamación ya debió haber sido proferido, sin que a la fecha se tenga conocimiento del mismo, pudiendo entenderse que posiblemente - en virtud del contenido de las respuestas allegadas - fue desfavorable a los intereses del actor, siendo de advertir en este punto que aun habiéndose agotado el trámite interno ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la UNIVERSIDAD LIBRE, con la presentación de la reclamación respectiva, no implica ello que inexorablemente tal gestión habilite la interposición de la acción de tutela, mecanismo que por regla general es improcedente para controvertir el contenido de actos administrativos - como se solicita en el libelo -, contra los cuales se encuentran dispuestas en el ordenamiento acciones ante la jurisdicción contenciosa, al respecto se ha dicho:

“Atendiendo a lo expuesto, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se establecido: La Corte concluye (i) que por regla general, la **acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa;** (ii) que **procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable;** y (iii) que **solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo... ‘(...) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)[5] y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos**



ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”⁵

Así las cosas y atendiendo al lineamiento jurisprudencial expuesto en antecedencia resulta importante advertir la naturaleza residual que caracteriza la acción constitucional, ello en virtud del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que contempla como causal de improcedencia la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, en consecuencia, cuando el accionante dispone de diferentes vías para la protección de los derechos que estima vulnerados, ello excluye la competencia del juez de tutela, a quien no le corresponde inferir en la órbita de otras jurisdicciones, a menos que evidencie la transgresión de un derecho fundamental, el cual para su protección no contemple otros recursos jurídicos que resulten suficientes para asegurar su amparo, sobre lo anterior jurisprudencialmente se ha señalado:

“...De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación⁴, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. Esta Corporación ha reiterado que **no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración.** Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. **De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.** Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo. Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela **será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y**

⁵ Sentencia T-234/15



recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional...” ⁶

Tratándose de la acción de tutela contra actos expedidos por la administración se ha señalado que le corresponde al Juez Constitucional examinar detalladamente una serie de requisitos para determinar la prosperidad del amparo deprecado así:

“Al estudiar la procedencia de la acción, el juez debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales, que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de los actos administrativos y de las providencias judiciales: **(i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela ... lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo o de una sentencia judicial, es la concurrencia de tres situaciones: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) el requisito sine que non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio”**

De lo expuesto se desprende claramente como el demandante acudió al amparo constitucional, omitiendo el trámite establecido para resolver este tipo de controversia, pretendiendo que por esta vía se imponga la obligación de admitirlo en el Concurso al que se inscribió, validando el título de abogado que

⁶ Sentencia T-177/11



ostenta, como cumplimiento de los requisitos de estudio que exige el cargo, por lo cual en seguimiento a los lineamientos señalados se habrá de analizar, si el recurso ordinario dispuesto es lo suficientemente idóneo para la protección de los derechos invocados, habida cuenta que como se ha definido “la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador, **para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional**. Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional”⁷, siendo así que el mecanismo idóneo para ventilar el conflicto planteado sería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de la cual podría discutir el contenido del acto que estima vulnera su debido proceso, resultando por tanto igualmente importante destacar que al momento de interposición de la acción contenciosa podría también solicitar la suspensión provisional, la cual garantizaría de ser procedente que el acto quedara sin efectos mientras se decide la acción, lo que lleva a concluir desde ya que la acción de nulidad y restablecimiento, como el mecanismo judicial dispuesto para la salvaguarda de sus derechos, resulta idóneo y eficaz, si además en cuenta se tiene que a través del mismo existe la posibilidad de suspender el acto de manera provisional, herramienta respecto a la cual se ha discurrido:

“fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta, que surja de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos. Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria.... Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o *prima facie*, conclusión a la que se debe llegar, según ha dicho la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no

⁷ Sentencia T-384/09,



resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia”⁸

Así las cosas, observa el despacho que en el presente evento no se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad al tener el accionante a su disposición un mecanismo idóneo para reclamar lo pretendido, máxime cuando jurisprudencialmente se ha indicado que **“la suspensión provisional del acto es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como una medida cautelar cuando una entidad vulnera de forma manifiesta los derechos del administrado”**; siendo igualmente importante destacar que desde la fecha de su inscripción – momento en el que no había sido proferida la medida cautelar que reclama el actor sea cumplida por esta vía – conocía el demandante los requisitos mínimos de estudio del cargo al que aspira, sin que los argumentos que expone como contradictorios y desconocedores del derecho a la igualdad, fueran por el expuestos en todo este tiempo a través del mecanismo dispuesto para ello ante la jurisdicción contenciosa, pues si era su intención cuestionar la legalidad de la Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022 – que pretende sea modificado por esta instancia –, así como del Acuerdo que regula las normas del proceso de selección, pudo haber solicitado la nulidad del acto, así como la suspensión provisional del mismo, para evitar que se continuara adelantando con posibles efectos adversos si se consideraba que conforme a lo definido en el Manual de Funciones su profesión no estaba habilitada para el cargo – como en efecto se consagró en la norma reguladora del proceso –, gestión que no acreditó haber realizado, desconociendo que como la H. Corte Constitucional lo ha puntualizado **“a través de la acción de amparo no es admisible la pretensión orientada a revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor”**, así se ha dicho:

⁸ Auto Consejo De Estado de 1 De Abril De 2009



“Con todo, la nota definitoria de subsidiaridad de la acción de tutela impone la obligación al interesado de desplegar todo su actuar para poner en marcha los medios ordinarios de defensa consagrados en el ordenamiento jurídico y así lograr la protección de sus derechos fundamentales. **De ahí que, para acudir a la acción de amparo el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios porque la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción constitucional.**”⁹

Así mismo es de advertir que no se observa en el presente evento la causación de un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez de tutela, evidenciándose que de ninguna manera acreditó el accionante, la gravedad del perjuicio que se le ocasionaría de no acceder a lo pretendido como para que el Juez de Tutela invadiendo competencias que no le corresponden entrara a examinar el fondo del asunto y controvertir una decisión que fue tomada por la autoridad competente, sin que tampoco informara en el libelo el encontrarse desempleado o bajo alguna condición de especial vulnerabilidad, no cumpliéndose así con los requisitos que jurisprudencialmente se han señalados como necesarios para su configuración, a saber:

“...Se ha dicho en variada jurisprudencia, que para poder determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son: A). El perjuicio ha de ser **inminente: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia;** B). Las medidas que se requieren para **conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión;** C) **se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona;** y D). **La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna...**”¹⁰

A todo lo anterior se aúna el que sustentó suficientemente, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la UNIVERSIDAD LIBRE la decisión de haberlo inadmitido, aduciendo que la verificación de requisitos mínimos, exige el cumplimiento obligatorio de las condiciones especificadas, en especial de los

⁹ Sentencia T 318 de 2017

¹⁰ Sentencia T-293/11



presupuestos que establece el Manual Específico de Requisitos y Funciones, advirtiendo que el Título de Profesional en Derecho no corresponde a ninguna de las profesiones o disciplinas previstas como requisito de estudio de la OPEC para la cual concursó – lo que en efecto conocía el actor cuando decidió realizar su inscripción –, determinación que a su vez justificó el MINISTERIO DE EDUCACIÓN fue tomada luego de consulta realizada a la Comisión Nacional Intersectorial de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, quien precisó que los títulos de profesionales en áreas diferentes a las ciencias de la educación o no licenciados, no deberían considerarse idóneos para desempeñar la docencia de aula en los niveles de educación básica o media, pues su formación no era suficiente para orientar procesos académicos y socioafectivos en la formación de niños y jóvenes.

En este sentido, no evidencia este Despacho que la conducta cuestionada por el accionante resulte manifiestamente ilegítima, irracional o desproporcionada, observándose que como fuera expuesto, la profesión por el acreditada no corresponde a ninguno de los programas que específicamente el MINISTERIO DE EDUCACIÓN estableció para la OPEC a la que se postuló – como claramente se desprende de la descripción del empleo –, sin que el hecho de hacer parte su carrera del núcleo básico de conocimientos que habrán de impartirse – como lo alega –, sea suficiente, cuando la facultad de definir puntualmente las profesiones que se requieren para el cumplimiento del requisito de estudio, se encuentra reglada en el parágrafo 3 del artículo 2.2.2.4.9 del Decreto 1083 de 2015, el cual reza:

“Parágrafo 3. En las convocatorias a concurso para la provisión de los empleos de carrera, se indicarán los Núcleos Básicos del Conocimiento - NBC- de acuerdo con la clasificación contenida en Sistema Nacional de Información de la Educación Superior SNIES o bien las disciplinas académicas o profesiones específicas que se requieran para el desempeño del empleo, de las previstas en el respectivo manual específico de funciones y de competencias laborales, de acuerdo con las necesidades del servicio y de la institución.”

Es de recalcar igualmente que no se vislumbra la afectación de su derecho al acceso a cargos públicos, cuando contó el accionante con la oportunidad



de inscribirse en el concurso y presentar la documentación para que se examinara su admisión, garantizándose además su debido proceso a través de la posibilidad de presentar la reclamación, sin que a la fecha, en el estadio procesal en que se encuentra la Convocatoria sea titular de algún otro derecho, tratándose de una mera expectativa hasta tanto obtuviera el puntaje necesario para ocupar la vacante, sin que en lo tocante al derecho a la igualdad pusiera de presente el que otra persona en sus mismas condiciones se le hubiese dado un trato diferente –más favorable– como para que procediera su amparo, no siendo un parámetro acertado para efectuar el test de igualdad los profesionales que previamente se vincularon a la institución, si en cuenta se tiene que tuvo ello lugar en vigencia de otra normatividad, que como se dijo fue modificada por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN y bajo tal Resolución fue realizó su inscripción, así se ha precisado:

“...De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador. En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión...”¹¹

Lo dicho, sumado a la existencia de medidas cautelares en el procedimiento administrativo y la inexistencia de un perjuicio irremediable que se deba conjurar – toda vez que incluso el que se siga adelante con el concurso de méritos, es una cuestión que a solicitud suya y previo estudio de fondo por parte del Juez Natural, puede ser suspendida -, implica la improcedencia de la acción, siendo de advertir que aun siendo su argumento la falta de cumplimiento a la medida cautelar dictada por el H. Consejo de Estado, no es esta la vía para discutir la alegada falta de legitimidad a la decisión de inadmitirlo de cara a las reglas que se encontraban vigentes para el momento

¹¹ Sentencia T-257/12



de la inscripción, en contraposición a lo dispuesto en la acción de nulidad, y los derechos de terceros que como bien lo advirtieron los accionados pueden verse afectados, pues no se inscribieron en el concurso por estimar que no cumplían con los requisitos de estudio, así se ha dicho en casos como el que nos ocupa:

“...tratándose de actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la acción de tutela es, por regla general, improcedente debido a que en la justicia contencioso-administrativa existen los mecanismos judiciales ordinarios para controvertir las decisiones que en el marco de tales concursos se profieren. 20. No obstante lo anterior, también se ha precisado que la regla general de improcedencia tiene dos excepciones, a saber: cuando (i) se **demuestre la existencia de un perjuicio irremediable**, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; y cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, este resulta ineficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Además, se ha precisado que (iii) el acto que se demanda no puede ser un acto de trámite, sino que debe tener la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, **siendo además necesario que se produzca a raíz de (iv) una actuación administrativa irrazonable que vulnere alguna garantía constitucional...** Al respecto, el Tribunal debía tener en cuenta que es obligación del juez de tutela -en cada caso concreto- evaluar la idoneidad y la eficacia de los diferentes medios ordinarios de defensa para valorar la posible vulneración de un derecho fundamental.^[52] De esta manera, en el presente caso, el Tribunal Superior de Medellín **omitió analizar que el actor contaba con un medio judicial ordinario al cual podía acudir: las medidas cautelares previstas en el CPACA. Y frente a estas, debió determinar si constituían un mecanismo adecuado para salvaguardar los derechos del accionante, para de esta manera establecer la procedencia de la acción de tutela...** 29. En relación con el análisis de la protección ofrecida por las medidas cautelares en lo contencioso administrativo, se encuentra que estas últimas pueden ser de dos tipos: ordinarias o de urgencia.^[54] Estas últimas, a su vez, pueden ser adoptadas desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte. **De manera que la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción^[55], evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto y deba adoptarse la medida. Adicionalmente, la decisión es susceptible de los recursos respectivos...**27. Pues bien, sobre la valoración de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia reciente de esta Corte^[53] ha establecido que estas han sido reformadas con la finalidad de ofrecer una mayor eficacia a la protección de los derechos fundamentales en los procesos que se desarrollan ante los jueces administrativos. Con base en estas razones, en la sentencia SU-355 de 2015 este Tribunal explicó que la nueva regulación en dicho campo es relevante para el examen de subsidiaridad que deben hacer los jueces de tutela... 59. Finalmente, la Sala considera que estas condiciones se encuentran cumplidas, pues **el accionante**



centra las manifestaciones de su inconformidad en apreciaciones personales sobre las razones de la respuesta, lo que no constituye una vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, las diferencias de fondo planteadas por el demandante respecto al procedimiento efectuado en el concurso de méritos, deberán ser discutidas mediante las acciones ordinarias ante la justicia contencioso-administrativa, pues el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela únicamente se restringía a la verificación de su utilización como mecanismo de protección transitoria.”¹²

Corolario de lo expuesto, el amparo solicitado no está llamado a prosperar, toda vez que el accionante cuenta con la vía contenciosa administrativa para solicitar se revoque la decisión de inadmitirlo para continuar en el concurso, escapando por tanto el asunto de la órbita del Juez Constitucional al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, no evidenciándose de forma alguna la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amerite en este caso la intervención del juez constitucional -, así como tampoco el que la conducta reprochada pueda en esta instancia considerarse una actuación administrativa irrazonable que vulnere sus derechos; en este mismo sentido precisó el H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA MIXTA DE DECISIÓN en un asunto como el que concita nuestra atención:

“Si bien, como lo señaló el accionante en su impugnación, existen casos en que se ha declarado la procedencia de la acción de tutela en el trámite de los concursos de méritos, esta debe ser analizada en cada situación en concreto previa verificación del cumplimiento de cada uno de los requisitos y la idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa para proteger los derechos del accionante, de cara a su específica condición o no de vulnerabilidad y la demostración de la configuración de un perjuicio irremediable, pues ante los efectos inter partes, no es posible predicar indistintamente la procedencia del amparo en todas las oportunidades en que se acuda al juez constitucional. **Así las cosas, en el caso sub examine, tal y como lo argumentó la CNSC, el accionante hizo uso de los recursos por vía administrativa se establecieron para atacar la decisión de inadmisión, sumado a que cuenta con otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos que a su juicio, se están vulnerando, ya que el acto administrativo que se cuestiona, puede ser debatido ante el juez natural, es decir, lo contencioso administrativo, esto teniendo en cuenta que la tutelante no probó la existencia de un perjuicio irremediable de donde se pudiera predicar la procedencia del amparo solicitado, sobresaliendo el carácter subsidiario de la tutela, que torna improcedente el amparo”¹³**

¹² Sentencia T-386/16

¹³ Sentencia 22 de agosto de 2019. H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA- SALA MIXTA DE DECISIÓN Rad. 68001-31-18-001-2019-00025-01



En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA (Sder), administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por el señor BAYRON FABIAN VARGAS HERNANDEZ contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, MINISTERIO DE EDUCACIÓN y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA, por la presunta violación a sus derechos a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO y ACCESOS A CARGOS PÚBLICOS.

SEGUNDO: De no ser impugnado el presente fallo, envíese en el término de Ley a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


LUZ AMPARO PUENTES TORRADO
Juez.