



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN

-Sala No. 2 de Decisión de Adolescentes-

Magistrado Ponente:

FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ

Popayán, Cauca, diecisiete (17) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde revisar a la Sala, la impugnación formulada por la señora **Claudia Elena Gallego López** contra la sentencia de tutela No. 032 del 20 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Primero de Menores con Función de Conocimiento de Popayán, mediante la cual, declaró improcedente el amparo deprecado por la citada ciudadana.

En el contradictorio del trámite constitucional se integraron a la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), a la Gobernación del Cauca, a la Secretaría Departamental de Educación del Cauca, a las personas incluidas en la lista de elegibles No. 185069 del empleo denominado “Docente Orientador de las Instituciones Educativas Oficiales Pertencientes a la Entidad Territorial Certificada en Educación de la Secretaría de Educación Departamento del Cauca”, ofertado con el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021; 2316 y 2406 de 2022, y a los participantes del mismo proceso de selección denominado “Docentes y Directivos Docentes (Población Mayoritaria) Zona Rural y No Rural”.

HECHOS

Fueron sintetizados en el fallo que se revisa de la siguiente manera:

“Refiere CLAUDIA ELENA GALLEGO LÓPEZ que el 25 de septiembre de 2022 presentó examen escrito para el proceso de Selección N° 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 de Docentes y Directivos Docentes en la ciudad de Popayán y que el 31 de marzo de 2023 fue notificada a través de la plataforma SIMO que obtuvo el puntaje necesario requerido para superar la prueba de conocimientos específicos y pedagógicos para el cargo de DOCENTE ORIENTADOR – RURAL, figurando el 8 de septiembre de 2023 en la lista de elegibles publicada mediante la Resolución N° 11117 del 7 de septiembre del mismo año para proveer 15 vacantes definitivas del empleo denominado DOCENTE ORIENTADOR identificado con código OPEC N° 185069 en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población rural mayoritaria a cargo de la entidad territorial certificada en educación SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAUCA, ubicándose en la posición N° 20.

Acota que el 16 de diciembre de 2023 la mencionada lista de elegibles cobró firmeza individual hasta el elegible N° 14, debido a que la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN DEL CAUCA realizó una solicitud de exclusión respecto de la elegible N° 15, con lo cual, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- expidió auto N° 04 del 12 de enero de 2024, por medio del cual dio inicio a la actuación administrativa tendiente a decidir la solicitud de exclusión de la referida elegible, solicitando a dicha persona aportar la documentación requerida para su revisión en un período no superior a 10 días hábiles.

Dentro del mismo proceso de selección, señala que el 1º de febrero de 2024 la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN DEL CAUCA citó a los elegibles ubicados en la posición 1 a 14 para audiencia realizada el 9 de febrero del mismo año en la que se evidenció la existencia de 23 vacantes de las cuales, en la mencionada audiencia se asignaron 13, con lo cual, afirma que para la fecha existen 10 elegibles a la espera de que se resuelva la solicitud de exclusión de la elegible N° 15 para ser citados y escoger las vacantes restantes.

Por otro lado, indica que desde el 7 de marzo de 2019 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de DOCENTE ORIENTADORA en instituciones educativas oficiales del municipio de Piendamó y Silvia, pero que en el marco del proceso de selección N° 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, la vacante urbana que ocupaba fue ocupada en propiedad desde el 5 de febrero de 2024, por lo que quedó desempleada, viéndose afectada por la solución de continuidad entre la terminación de su nombramiento en provisionalidad y el acceso a la vacante a la que tendría derecho por ubicarse en la posición N° 20 de la lista de elegibles del mencionado proceso de selección, lo cual, según su decir, se genera por la demora y negligencia de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- en resolver la solicitud de exclusión que le fue presentada el 16 de septiembre de 2023.

Con motivo de la anterior situación, señala que el 14 de febrero de 2024 radicó un derecho de petición en la plataforma de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- solicitando se le diera respuesta respecto de (i). el momento en qué se dará solución a la solicitud de exclusión del elegible N° 15 de la OPEC 185069 dado que ha pasado más de un mes desde que se dio inicio a la actuación administrativa tendiente a decidir dicha exclusión mediante auto N° 04 de 2024; y (ii). cuánto tiempo debe transcurrir para que la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN DEL CAUCA cite a audiencia al resto de elegibles de la lista conforme a las vacantes disponibles después del 9 de febrero de 2024.

Frente a lo cual, menciona que la entidad accionada en respuesta emitida el 27 de febrero de 2023 informó que no existe término legal establecido para resolver solicitudes de exclusión radicadas por entes territoriales certificados en educación, por lo que esas solicitudes están supeditadas a que su entidad las encuentre fundadas conforme a lo establecido en el Decreto Ley 760 de 2005, lo cual, señala que no es una respuesta de fondo dado que como elegible de un proceso de selección requiere mayor precisión sobre las fechas del proceso y lo indicado por la accionada va en contravía de los términos dispuestos en los artículos 13 y 14 del CPACA al establecer que toda actuación que inicie cualquier persona ante autoridades implica el ejercicio del derecho fundamental de PETICIÓN y que salvo norma legal especial, toda petición deberá decidirse dentro de los 15 días siguientes a su radicación, so pena de sanción disciplinaria.

Por último, indica que en la página de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- consta la existencia de Resoluciones tales como las N° 5906 y 5907 de 2024 que resolvieron solicitudes de exclusiones que se iniciaron a partir de autos expedidos en la misma fecha en que se emitió el mencionado auto N° 04 de enero de 2024 con el que abrió la solicitud de exclusión que la afecta.

PRETENSIONES:

De los hechos narrados en el escrito de tutela, la accionante solicita se amparen sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, TRABAJO, SALUD y el que denomina como “A LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD” y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- que resuelva de fondo la solicitud de exclusión que la afecta y realice la convocatoria para audiencia de selección de vacantes disponibles, ordenando adicionalmente que la mencionada entidad la resarza económicamente por los supuestos perjuicios que, según su decir, se causaron por la solución de continuidad que se generó a partir de la supuesta negligencia en la que incurrió dicha entidad al dejar pasar más de 4 meses para realizar el auto de apertura del proceso de exclusión que fue propuesta por la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN DEL CAUCA desde septiembre de 2023 y se abra investigación disciplinaria en contra de los funcionarios de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- que han estado a cargo de su proceso y que, por su presunta negligencia, causaron la solución de continuidad de su vínculo laboral.”

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de primera instancia, luego de analizar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, concluye que se cumplen dentro del presente asunto, motivo por el cual, realiza el estudio de la vulneración de los derechos fundamentales que reclama la señora **Claudia Elena Gallego López**.

Es así como, de cara a las pretensiones de la accionante, advierte que según el contenido normativo de la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 760 de 2005, el Decreto Reglamentario 1075 de 2015 y el Acuerdo 2126 del 29 de octubre de 2021, que

corresponde específicamente al proceso en el que participó la accionante, en efecto, no se establece un término para que la CNSC resuelva las solicitudes de exclusión de lista de elegibles.

Frente a la argumentación expuesta por la tutelante, en la que afirma que dicho término debe adelantarse conforme lo señala el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) para la respuesta del derecho de petición, indica que tal interpretación es errónea, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° del Código en cita, la iniciación de las actuaciones administrativas también tienen origen en el cumplimiento de una obligación o por las mismas autoridades de forma oficiosa.

Conforme con lo anterior, sostiene que no existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo de la demandante, teniendo en cuenta que no se establece un término para que CNSC resuelva solicitudes como la que reclama la accionante; sumando a ello, resalta que a este tipo de actuaciones no le son aplicables las reglas propias del trámite del derecho de petición.

Explica que en el procedimiento administrativo de exclusión de lista de elegibles se debe garantizar la intervención del aspirante involucrado y la posibilidad de que aporte pruebas, actuación que depende del tiempo que requiera la valoración de dichos elementos, así también, de los argumentos que sean presentados, todo, en cumplimiento al ejercicio de los derechos fundamentales de defensa y contradicción de los implicados en el trámite.

Respecto a los derechos fundamentales al trabajo, a la salud y “*A LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD*”, sustenta que no fue demostrada su vulneración por la accionante, pues su actual estado de desempleo no obedece a una causa que le sea imputable a la administración, ya que, a partir de la Resolución No. 11851 del 12 de diciembre de 2023, consta que la terminación de su nombramiento en provisionalidad se encuentra justificada en el nombramiento en periodo de prueba de la persona que optó por la vacante que ocupaba.

Agrega que el hecho de que su posición en la lista de elegibles para ocupar otra vacante aun no esté en firme, implica que hasta la fecha solo tenga una mera expectativa de acceder a un empleo público, más no como tal un derecho adquirido sobre alguna vacante, ni mucho menos que tenga acceso a los beneficios propios de la carrera docente o que se le deba pagar salarios o aportes a Seguridad Social por el tiempo que demore su nombramiento. Cita un extracto de la sentencia del 12 de marzo de 2020, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Señala que, por tal motivo, debe ser negada la pretensión de la accionante relacionada con ordenar a la CNSC que resuelva de fondo la solicitud de exclusión y realice la convocatoria de la audiencia de selección de vacantes disponibles.

Advierte que lo mismo ocurre con la solicitud tutelar de abrir una investigación disciplinaria en contra de los funcionarios que incurrieron en la omisión que denuncia, pues no se demostró que hayan incumplidos términos.

En cuanto al reconocimiento de perjuicios, argumenta que, según lo establecido por la H. Corte Constitucional en sentencia T-352 de 2016, para ordenar dicho pago en procesos de tutela es necesario que el amparo sea concedido, situación que no concurre en el presente asunto.

Finalmente, resuelve declarar improcedente el amparo solicitado por la señora **Claudia Elena Gallego López**.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante, inconforme con la decisión de primera instancia, impugna, inicialmente, informando que a la fecha ya se hizo la exclusión de la lista de elegibles; no obstante, alega que no se determinan términos exactos para dar continuidad al referido proceso.

Transcribe un compendio de una “sentencia”, fundamentando que la parte accionante en ese caso resaltó el vacío jurídico que afecta a varias personas que se encuentran en un proceso *“largo y tedioso como es el concurso docente desarrollado por la CNSC y el Gobierno Nacional”*.

Indica que el juzgado de primera instancia no realizó un estudio juicioso del caso, *“lo cual deviene en procedente el presente recurso de impugnación”*.

Por último, solicita que se revoque el fallo de tutela recurrido, y en su lugar, se tutele sus derechos fundamentales, accediendo a las siguientes pretensiones: *“PRIMERA: Sírvase tutelar a la suscrita, los derechos constitucionales fundamentales AL DEBIDO PROCESO, AL TRABAJO, A LA SALUD”*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

A la Sala le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de una sentencia emitida por el Juzgado Primero de Menores con Función de Conocimiento de Popayán, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, a través del cual se modificó el artículo 2 .2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, al fungir como su superior jerárquico.

2. Requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiaridad.

En primer lugar, antes de entrar a estudiar el fondo este asunto, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Legitimación en la causa por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En este asunto, como quiera que la señora **Claudia Elena Gallego López** actúa a nombre propio, se encuentra habilitada para instaurar la acción en salvaguarda de sus derechos que estima vulnerados.

Legitimación en la causa por pasiva: En la presente oportunidad, la entidad accionada se encuentra legitimada en la causa por pasiva, dada la calidad que ostenta, y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

Inmediatez: respecto de la oportunidad para su presentación, la demanda debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales¹.

Tal exigencia se concreta, pues, la accionante señala como hecho vulnerador el argumento de la CNSC en la respuesta del 27 de febrero de 2024, en la que indica que “*no existe un término legal establecido para resolver las solicitudes de exclusiones*”, por lo que, desde esa fecha, hasta la formulación de la presente acción de tutela, transcurrió un tiempo proporcional.

Finalmente, en cuando a la *Subsidiariedad*: La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones la subsidiaridad de la acción de tutela, siendo esta un mecanismo constitucional, en virtud del cual, es posible obtener el amparo raudo de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares². Dicho requisito será objeto de estudio en líneas siguientes.

3. Planteamiento del problema jurídico.

Le corresponde a la Corporación establecer, sí es procedente acceder a las pretensiones formuladas en la impugnación por la señora **Claudia Elena Gallego López**, o, por el contrario, se debe confirmar la decisión de primera instancia, por estar ajustada a derecho.

4. Consideraciones Jurídicas.

A tal efecto, recordemos (artículo 86 de la Carta Política) que la acción de tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

¹ Corte Constitucional. M.P sentencia T-022-2017.

² Corte Constitucional, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia T-022 de 2017.

5. Presentación y resolución del caso concreto.

En el asunto bajo estudio, la accionante acude al presente mecanismo constitucional con el propósito que se ordene a la CNSC que resuelva de fondo la solicitud de exclusión y realice la convocatoria para la audiencia de selección, dentro del concurso de méritos del empleo denominado “*Docente Orientador de las Instituciones Educativas Oficiales Pertenecientes a la Entidad Territorial Certificada en Educación de la Secretaría de Educación Departamento del Cauca*”, ofertado con el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021; 2316 y 2406 de 2022, el cual superó y se encuentra ubicada en el puesto 20 de la lista de elegibles.

Fue así como la juez de primera instancia, luego de valorar los elementos allegados al plenario, consideró que no hubo vulneración de los derechos fundamentales deprecados por la accionante, pues, no existe un término establecido en la norma o en la jurisprudencial para que la CNSC resuelva una solicitud de exclusión de la lista de elegibles, razón por la cual, resolvió declarar la improcedencia del amparo constitucional, decisión que fue impugnada por la tutelante.

De las piezas procesales arribadas al expediente de tutela se evidencia que, en efecto la señora **Claudia Elena Gallego López** se encuentra ubicada en la posición número 20, en la Resolución No. 11117 del 07 septiembre 2023, mediante la cual se conformó la lista de elegibles, en el concurso de méritos antes referido:

Lista de elegibles del número de empleo 185069

Posición	Tipo Documento	No. Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje	Fecha Firma	Tipo Firma
1	Cédula de Ciudadanía	1002862185	RICARDO ANTONIO	CIFUENTES VIVEROS	77.9	2023-09-16	Firmeza individual
2	Cédula de Ciudadanía	1130642292	ANDREA	MORAN JUANILLO	69.33	2023-09-16	Firmeza individual
3	Cédula de Ciudadanía	1062276880	YURY ADRIANA	MULATO RIVAS	69.07	2023-09-16	Firmeza individual
4	Cédula de Ciudadanía	1010168753	CLAUDIA YOHANA	MACIAS MACIAS	68.41	2023-09-16	Firmeza individual
5	Cédula de Ciudadanía	27212461	OLIVIA JOSEFINA	NAVARRETE BURGOS	67.74	2023-09-16	Firmeza individual
6	Cédula de Ciudadanía	10301262	HAMILTON	RIVAS FLOREZ	67.7	2023-09-16	Firmeza individual
7	Cédula de Ciudadanía	1061434086	MARIBEL	MINA CHICUE	67.25	2023-09-16	Firmeza individual
8	Cédula de Ciudadanía	1062309475	LINA MARIA	LENIS GUEVARA	67.09	2023-09-16	Firmeza individual
9	Cédula de Ciudadanía	30328776	SANDRA YANETH	REVELO ORTEGA	66.7	2023-09-16	Firmeza individual
10	Cédula de Ciudadanía	1144026426	MARLON	MUÑOZ MÉNDEZ	65.87	2023-09-16	Firmeza individual
11	Cédula de Ciudadanía	34609763	MARIBEL	SÁLAZAR GOMEZ	65.47	2023-09-16	Firmeza individual
12	Cédula de Ciudadanía	1058968923	INGRID JESSENA	BRAVO GOMEZ	64.36	2023-09-16	Firmeza individual
13	Cédula de Ciudadanía	1081403057	NATALIA MILENA	SANABRIA OSORIO	64.15	2023-09-16	Firmeza individual
14	Cédula de Ciudadanía	34606621	PAULA ANDREA	OCORO	64.05	2023-09-16	Firmeza individual
15	Cédula de Ciudadanía	1061760208	YINA ALEJANDRA	MURILLO JOAQUI	62.7		Solicitud exclusión
16	Cédula de Ciudadanía	34329609	YURI NATALIA	GALINDEZ TROCHEZ	62.59		Pendiente firmeza
17	Cédula de Ciudadanía	25279809	AURA MARGARITA	JOJOA TOBAR	62.52		Pendiente firmeza
18	Cédula de Ciudadanía	1061808068	ANGELA NATALIA	CASTILLO CORDOBA	62.49		Pendiente firmeza
19	Cédula de Ciudadanía	1061086168	ALBA DENIS	MUÑOZ BOLAÑOS	61.83		Pendiente firmeza
20	Cédula de Ciudadanía	34322176	CLAUDIA ELENA	GALLEGO LÓPEZ	61.79		Pendiente firmeza
21	Cédula de Ciudadanía	1087421712	NIXON GIOVANNY	VILLOTA MELO	60.81		Pendiente firmeza
21	Cédula de Ciudadanía	25289567	MILE YOHANA	BOLAÑOZ ORDOÑEZ	60.81		Pendiente firmeza
22	Cédula de Ciudadanía	1039285016	NIDIA MARCELA	MONTOYA RIVERA	60.43		Pendiente firmeza
23	Cédula de Ciudadanía	1030605915	LEIDY JOHANNA	PEREZ LOPEZ	59.91		Pendiente firmeza
24	Cédula de Ciudadanía	1062292790	YARY ANDREA	MEZU CAMACHO	59.54		Pendiente firmeza
25	Cédula de Ciudadanía	1144036265	DEYBIS MARIA	PALACIOS MOSQUERA	59.44		Pendiente firmeza
26	Cédula de Ciudadanía	1107065079	ALEJANDRA	MERA PEREZ	58.97		Pendiente firmeza
27	Cédula de Ciudadanía	1144132633	MABEL ROCIO	MONTAÑO TORRES	58.52		Pendiente firmeza
28	Cédula de Ciudadanía	1058789955	LEIDY VIVIANA	AGREDO FRANCO	57.92		Pendiente firmeza
29	Cédula de Ciudadanía	1061790273	YISELA	ORTEGA REVELO	57.86		Pendiente firmeza
30	Cédula de Ciudadanía	34608991	ANGELA MARIA	BALANTA ALVAREZ	57.65		Pendiente firmeza
31	Cédula de Ciudadanía	1059901681	NEYI ZULEIMA	BOLAÑOS LARA	57.41		Pendiente firmeza

Ahora bien, teniendo en cuenta que la misma impugnante informó que la exclusión de la lista de elegibles que se encontraba pendiente ya se realizó, y aun así, considera que deben protegerse sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la salud, mediante este mecanismo constitucional, es preciso traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-456 de 2022, sobre la subsidiariedad de la acción de tutela contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos:

“70. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha señalado que la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa o, existiendo, no resulte eficaz y oportuno.³ El carácter residual de la acción de tutela obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

71. Lo anterior implica que quienes acudan a la acción de tutela deben, primero, hacer uso de todos los recursos ordinarios que el aparato judicial pone a su alcance para lograr la protección de sus derechos. Así las cosas, para la Corte Constitucional es claro que cuando una persona acude al sistema judicial, con la idea de hacer valer sus derechos, no puede ignorar la existencia de acciones judiciales preestablecidas en la normatividad vigente, ni mucho menos pretender que el funcionario judicial, en sede de tutela, sustituya o usurpe las funciones asignadas a otros jueces.⁴

*72. Este Tribunal ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto.⁵ Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011,⁶ los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión), con las cuales se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia.⁷ Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.⁸
(...)*

75. En línea con lo anterior, la Sentencia SU-553 de 2015 estableció que la acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en materia de concursos de méritos y, por lo tanto, solamente resulta procedente en dos supuestos: (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental, lo que se traduce en

³ Sentencia T-176 de 2018.

⁴ Sentencia T-602 de 2011.

⁵ Ver entre otros, las sentencias T- 090 de 2013, T-425 de 2019 y T-059 de 2019.

⁶ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁷ Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017 sostuvo que: “el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho”.

⁸ Sentencia T-340 de 2020.

un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

76. Acerca de la posibilidad de dar un amparo como mecanismo transitorio para evitar la realización de un perjuicio irremediable, de acuerdo a los requisitos establecidos en la Sentencia T-244 de 2010, se exige que dicho perjuicio:

“(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 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”.

77. Por su parte, la Sentencia SU- 713 de 2006 indicó sobre el particular:

“(…) Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

78. Así mismo, la Corte Constitucional de forma reciente ha advertido que para determinar la procedencia de una acción de tutela en los concursos de méritos deben considerarse diferentes factores, entre estos, si la lista de elegibles estaba próxima a vencerse. En particular, en la Sentencia T-340 de 2020, la Corte estimó que la acción de tutela objeto de estudio era procedente al tener en consideración los siguientes factores: (i) el tiempo de vigencia de la lista, la cual estaba próxima a vencerse; (ii) la ineficacia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo para la protección en el caso concreto; y (iii) la necesidad de que la Corte realizara precisiones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, de acuerdo con la solicitud elevada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Así, le corresponde al juez de tutela, en cada caso en concreto, evaluar las condiciones que rodean el asunto y la idoneidad de los recursos ordinarios para la protección de los derechos fundamentales.

(…)

79. Luego, en la Sentencia T-081 de 2021, en la que se reiteró la Sentencia T-340 de 2020, la Corte también señaló que en el examen de procedencia de la acción de tutela debía evaluarse la vigencia de la lista y otras circunstancias como la eficacia de las medidas cautelares. Por lo tanto, consideró que en el caso concreto, la acción de tutela resultaba procedente para establecer si el ICBF y la CNSC vulneraron los derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos porque la lista estaba próxima a vencer y las medidas cautelares no podrían entenderse como efectivas. Esto, debido a que tales medidas solo proceden cuando se evidencia una posible violación de la ley por parte del acto administrativo, así como tampoco existía para los accionantes un daño inminente que ameritara una medida cautelar conservativa.

80. Así las cosas, las acciones de tutela 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 el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en el marco de esta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Esto sin perjuicio de que, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en conocimiento, al juez constitucional evalúe si los mecanismos ordinarios de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son idóneos para la protección de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta el punto de debate de la presente demanda de tutela y el precedente judicial en cita, considera esta Sala que la tutelante no logró demostrar que la entidad accionada incurrió en vulneración de derechos fundamentales, pues, el concurso de méritos “*para proveer **quince (15) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado DOCENTE ORIENTADOR**, identificado con el Código OPEC No. 185069, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CAUCA, Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022*”, se ha regido bajo los parámetros normativos que regulan el caso, tanto así que, la accionante integra la lista de elegibles de dicho concurso, ocupando el puesto No. 20 según el acto administrativo “*RESOLUCIÓN No 11117 del 7 de septiembre de 2023*”, y el 1° de mayo de 2024 cobró firmeza⁹.

De tal manera que la lista de elegibles aún se encuentra en vigencia, sin que esté próxima a vencerse y las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo pueden garantizar sus derechos fundamentales, máxime, cuando no logró acreditar con elementos suasorios el perjuicio irremediable que le representa el ubicarse en el puesto No. 20, pues si bien, asegura que sus padres se encuentran a su cargo, no allegó algún elemento que demuestre que dependen económicamente de ella y no cuentan con el apoyo de otro familiar.

La accionante no argumentó concretamente la gravedad causada ante la situación que denuncia. Tampoco demostró la afectación a su mínimo vital, pues se desconoce las actividades que ejerce como profesional en docencia y su capacidad económica o patrimonial.

Es así como, la Resolución No. 11117 del 07 septiembre 2023, goza del carácter de acto administrativo, y, por ende, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), es susceptible de ser atacado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual, según lo

⁹ Página del Banco Nacional de Lista de Elegibles - <https://bnle.cnsc.gov.co/bnle-listas/bnle-listas-consulta-general> – No. de empleo: 185069, Proceso de Selección: Secretaría de Educación Departamento de Cauca – Grupo B_Rural.

dispuesto por el legislador constituye un medio idóneo y eficaz para solicitar la declaración de nulidad de dicha resolución, y el consecuente restablecimiento del derecho, si así lo considera pertinente la señora **Claudia Elena Gallego López**.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 229 y siguientes del CPACA, la accionante puede solicitar al juez natural la adopción de medidas cautelares, entre ellas, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo - *art. 231-*, las cuales pueden ser adoptadas desde la misma presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso.

De conformidad con lo anterior y atendiendo a los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, se reitera, la acción de tutela no es el medio idóneo ni eficaz para atacar los actos administrativos que se profieran al interior de un proceso de concurso de méritos, por cuanto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es un mecanismo efectivo para proteger los derechos que se puedan ver vulnerados o amenazados por las actuaciones de la administración, atendiendo a la naturaleza del mismo y a la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares previa presentación de una caución.

Tampoco, se evidencia que la accionante haya concurrido ante esa vía ordinaria siquiera, para controvertir las presuntas arbitrariedades que denuncia en la presente demanda, respetando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela.

Atendiendo lo anterior, esta Sala concluye, que el asunto en controversia es de aquellos que debe ser debatido en debida forma y resuelto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no a través de este mecanismo excepcional, por lo tanto, no es viable atender la pretensión en la que insiste mediante acción de tutela.

Viene de todo lo dicho que habrá de ser confirmada la sentencia de tutela No. 032 del 20 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Primero de Menores con Función de Conocimiento de Popayán.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala No. 2 de Decisión Para Adolescentes**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela No. 032 del 20 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Primero de Menores con Función de Conocimiento de Popayán, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Una vez notificada esta providencia a las partes, por los medios y en los términos de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, REMÍTIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 ibidem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ