



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

Cartagena de Indias, D. T. y C., tres (03) de noviembre de dos mil veinte (2020)

<b>Clase de acción</b>	<b>Acción de tutela</b>
<b>Radicación</b>	<b>13001-33-33-009-2020-00140-00</b>
<b>Accionante</b>	<b>Henry Arellano Palomino</b>
<b>Accionado</b>	<b>Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.</b>
<b>Tema</b>	Acción de tutela – requisito de subsidiaridad / Derecho al debido proceso
<b>Sentencia No.</b>	<b>AT- 4T- 008 de 2020</b>

### **1. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela promovida por el señor HENRRY ARELLANO PALOMINO, en nombre propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, con el fin de que le sean tutelados sus derechos fundamentales “*al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital*”.

### **2. ANTECEDENTES**

#### **2.1 Hechos**

De los hechos consignados en la presente acción, el Despacho se permite citar los más relevantes, así:

**2.1.1.** “*Soy empleado de la Alcaldía de Cartagena para el cual estoy nombrado en provisionalidad en el cargo de agente de tránsito código 340 grado 17 desde el día 5 de enero del año 2015, este cargo fue ofertado en carrera administrativa a través de la Convocatoria Territorial Norte 771 del 2018 en la OPEC 78273 mediante un concurso de méritos.*”

**2.1.2.** “*Estas son las etapas que la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) a través del acuerdo N° CNSC - 20181000006476 del 16-10-2018 estableció para todo el proceso de selección de la Convocatoria Territorial Norte 771 del 2018:*

- 1.** Convocatoria y divulgación: *en esta etapa la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la plataforma del aplicativo SIMO nos informó de la Convocatoria Territorial Norte 771 del 2018 en la OPEC 72273.*
- 2.** Adquisición de derechos de participación e inscripciones: *En esta etapa Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) informo que se debía comprar un PIN el cual debía consignar en una cuenta del Banco Popular para los derechos de participación y me inscribí en la página del aplicativo SIMO cumpliendo esta fase.*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

3. Verificación de requisitos mínimos, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) informa a través del aplicativo SIMO informa que a través de la Licitación Pública CNSC-LP-001 de 2019, denominado “Especificaciones y Requisitos Técnicos Proceso de Selección para algunas Entidades de los Departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander – Convocatoria Territorial Norte”, estableció un contrato el # 247 con la Universidad Libre, quien a partir de ese momento se encargaría de las siguientes etapas que están establecidas en el Artículo 4º del acuerdo N° CNSC - 20181000006476 del 16-10-2018, y de allí la universidad en el mes de abril de 2019 en la página del aplicativo SIMO sale la lista de admitidos cumpliendo así con la etapa de este Verificación de requisitos mínimos.

4. Aplicación de pruebas, en el mes de noviembre de 2019 la Universidad Libre a través del aplicativo SIMO cita a los aspirantes admitidos a presentación de las pruebas establecidas en el acuerdo N° CNSC - 20181000006476 del 16-10-2018.”

2.1.3. “Terminado el examen varios aspirantes le hicieron ver a los delegados de la Comisión Nacional del Servicio Civil que se encontraban en la pruebas escrita de una inconsistencia en las pruebas funcionales donde se detectaron 25 preguntas que no tenían que ver con el eje temático del cargo para el cual estábamos concursando y viendo que en la convocatoria que se había hecho para los cargos que estaban establecidos en el artículo 28 del acuerdo N° CNSC - 20181000006476 del 16-10-2018.”

2.1.4. “Posterior a esta información que se dio a los delegados más de 70 aspirantes que presentaron dicha prueba, presentaron varios derechos de petición argumentando que había 25 preguntas que no tenían nada que ver con las funciones para la cual se estaba concursando y la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre dijeron a través de la página del SIMO lo siguiente:

#### AVISO INFORMATIVO

La CNSC y la Universidad Libre de Colombia informan a los aspirantes que aprobaron las pruebas básicas y funcionales de la Convocatoria Territorial Norte, que, con ocasión de las reclamaciones recibidas contra los resultados de la prueba comportamental, se identificó que algunos de los resultados de esta prueba, por un error humano involuntario, se publicaron con algunas imprecisiones, las cuales son objeto de correcciones que serán publicadas nuevamente con la información correcta.

Para garantizar el debido proceso, una vez publicados los resultados con las correcciones realizadas, se abrirá una nueva etapa de reclamaciones frente a estos resultados, desde el lunes 3 de febrero hasta el viernes 7 de febrero de 2020. Se aclara que en esta etapa solo se atenderán las reclamaciones relacionadas con la prueba comportamental, es decir, si se reciben reclamaciones sobre las pruebas básicas y funcionales, éstas no serán atendidas por considerarse extemporáneas.”



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

**2.1.5.** *“Una vez sale la lista de los que pasaron el examen, yo pase el examen sacando una calificación de 97.09 sobre 100, esperando la Valoración de Antecedentes el cual no se dio debido a que la Comisión Nacional del Servicio Civil, me informa a mi correo electrónico que a través de un acto administrativo Auto CNSC – 20202020003204 del 11 – 05 – 2020 por el cual se inicia la **actuación administrativa tendiente a determinar la procedencia de dejar sin efectos la Prueba de Competencia Funcionales de los empleos identificados con Código OPEC 20616,70330, 72678, 78272, 78273 aplicadas en ejecución de la Convocatoria Territorial Norte**” relacionadas con el cargo de agente de tránsito entre ellas 78273 de la cual yo participo.*”

**2.1.6.** *“Yo envié mi posición dejando claro que no estaba de acuerdo a esta decisión de dejar sin efectos la prueba de Competencia Funcionales el día 8 de junio del 2020.”*

**2.1.7.** *“La Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, me contesta a través de la resolución 20202020084315 del 12 de agosto de 2020, donde dejaban sin efecto las pruebas Funcionales de la convocatoria 771 de 2018, donde me daban la opción de pasar un recurso de reposición el cual se lo envié a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC el día 26 de agosto de 2020.”*

**2.1.8.** *“El día 2 de octubre del 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC me contesta que no admitieron mi recurso de reposición a través de la resolución No. 20202020099955 del 24 de septiembre de 2020 y ratificando la posición de dejar sin efecto las pruebas Funcionales de la convocatoria 771 de 2018.”*

## **2.2 Pretensiones**

El accionante, formula en su escrito de tutela las siguientes pretensiones:

**2.2.1.** *“Con fundamento a lo anteriormente expuesto le solicito al sr juez que se tutelen mi derecho fundamental al debido proceso, violación al derecho al trabajo debido a que la Comisión Nacional de Servicio Civil al convocar nuevamente a presentar el examen de las pruebas funcionales, porque me sometí al examen que ellos convocaron para que los aspirantes (dentro de los cuales, yo hago parte de los convocados) se presentaran el día 1º de diciembre de 2019 y muy a pesar del error que se les hizo ver en su momento de unas preguntas que no estaban establecidas en los ejes temáticos de la convocatoria 771 de 2018 a través del acuerdo N° CNSC - 20181000006476 del 16-10-2018 y varios aspirantes ganaron en franca lid (entre esos yo) el examen establecido, y muy a pesar que varios que varios aspirantes hicieron la reclamación correspondiente, la Comisión Nacional de Servicio Civil dieron respuesta de que era improcedente dicha reclamación, y ahora pretenda repetir el examen de las pruebas funcionales, el cual yo gane y ahora con esta decisión estoy con un riesgo inminente de que si presento nuevamente el examen y no lo pase, muy a pesar de que yo lo había ganado inicialmente y con las respuesta que en su momento ellos dieron era satisfactoria para mí. Pueda perder ese examen, y con esta decisión, se está colocando, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en riesgo mi trabajo y mi mínimo vital*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*porque mi familia depende de mis ingresos por mi trabajo y no teniendo otra fuente económica, estos derechos invocados (violación al debido proceso, derecho al trabajo y al mínimo vital) están siendo amenazados, violados y/o vulnerados por parte de la decisión que la Comisión Nacional de Servicio Civil al repetir el examen de las pruebas funcionales, a partir de la decisión tomada a través de la resolución No. 20202020099955 del 24 de septiembre de 2020.”*

### **2.3 Trámite del proceso**

Por auto de fecha 19 de octubre de 2020, se admitió la presente acción de tutela, ordenando la notificación de la entidad accionada, así como correrle traslado del escrito de tutela y de sus anexos, para que dentro del término de dos (2) días, contado a partir de la respectiva notificación, rindiera un informe respecto de todos y cada uno de los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo.

### **2.4 Contestación**

La accionada **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC**, allegó el informe solicitado en el auto admisorio, aduciendo principalmente lo siguiente:

*“En la ejecución de la Etapa de Pruebas de los Procesos de Selección de la Convocatoria Territorial Norte, esta Comisión Nacional citó a los aspirantes admitidos a los mismos, a la aplicación de las Pruebas Básicas, Funcionales y Comportamentales, para el 1 de diciembre de 2019.*

*En cumplimiento del artículo 23 de los Acuerdos de Convocatoria de los referidos procesos de selección la CNSC publicó los resultados de las Pruebas Básicas, Funcionales y Comportamentales en su página web, [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co), enlace SIMO, el día 23 de diciembre de 2019.*

*Conforme lo previsto en el artículo 32 de los precitados Acuerdos de Convocatoria, las reclamaciones de SIMO contra los resultados de las Pruebas Básicas, Funcionales y Comportamentales, se debían presentar desde las 00:00 horas del 24 de diciembre de 2019 hasta las 23:59.59 horas del 31 de diciembre de 2019, en los términos del artículo 13 del Decreto Ley 760 del 2005, las cuales fueron debidamente recibidas y se encuentran en análisis por parte de la Universidad Libre, para que una vez resueltas sean publicadas en el mismo medio.*

*Estando dentro del plazo para dar respuesta a las reclamaciones antes referidas, la Universidad Libre en Mesa de Trabajo del 10 de marzo de 2020, informó a la CNSC lo siguiente:*

*(...) Encontrándonos en la fase de atención a las reclamaciones presentadas por los aspirantes, respecto de las pruebas escritas aplicadas en la*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*mencionada Convocatoria, la Universidad detectó que sesenta y siete (77) aspirantes que presentaron la prueba TEC001, reclamaron sobre la pertinencia de las preguntas de la 1 a la 25, asociadas a la prueba funcional.*

*Por lo anterior, la Universidad realizó una nueva revisión y auditoría pormenorizada a las 4.441 reclamantes, proceso dentro del cual se detectó que, en efecto, los ítems 1 al 25 de la prueba funcional TEC001, no se relacionan con el propósito y funciones de los empleos que se relacionan a continuación, ofertados en este concurso de méritos.*

(...)

*El precitado informe da cuenta de la afectación de la Prueba de Competencias Funcionales TECN001 aplicada por la Universidad Libre el 1 de diciembre de 2019, en ejecución de los Procesos de Selección No. 752, 758, 768, 771 de 2018, para las OPEC No. 20616, 70330, 72678, 78272, 78273.*

*Al respecto, cabe aclarar que la Prueba TEC001 fue un caso de carácter excepcional y frente al cual se encuentra pendiente por repetir las pruebas a todos los aspirantes que fueron admitidos en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos. Por lo tanto, la CNSC está garantizando los principios que materializan el principio del mérito, en favor de todos y no discriminó entre quienes superaron o no las pruebas funcionales, dado que, al presentar una prueba para un empleo diferente, la prueba perdió consistencia y por lo tanto se vio en la obligación de dejar sin efecto las pruebas practicadas y conminar de nuevo a la Universidad Libre a repetir las mismas.*

*Por lo tanto, se aclara que se trató de un proceso administrativo que por un error involuntario se afectó las pruebas de 300 aspirantes y que la CNSC para salvaguardar sus derechos ordenó al operador del concurso repetir la prueba.”*

En cuanto al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la parte accionada expone:

*“El accionante considera que se están vulnerando los derechos al debido proceso, al derecho al trabajo y al mínimo vital por la decisión de la CNSC de dejar sin efecto las pruebas de competencias funcionales las OPEC No. 20616, 70330, 72678, 78272, 78273, aplicada en ejecución de la Convocatoria Territorial Norte por considerar que existieron una serie de irregularidades en la aplicación de la Prueba TEC001 y por consiguiente tuvo que ser dejada sin efecto, advirtiendo que las mismas deberán ser nuevamente formuladas por el operador del concurso y se encuentran pendientes por repetir las pruebas a todos los aspirantes que fueron admitidos en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos. Sin embargo, es importante mencionar que la Corte Constitucional, en reiteradas sentencias ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, por ende, resulta improcedente en este caso, toda vez, que **la acción***



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

***de tutela NO es un mecanismo jurídico dirigido a cuestionar la legalidad de los actos administrativos que versan sobre la actuación administrativa que resolvió dejar sin efectos la Prueba TEC001, sin siquiera probar un solo argumento sobre la legalidad y desconociendo que la CNSC actuó en Derecho.***

*Ahora bien, sobre la competencia que tiene la CNSC para resolver la actuación administrativa se tiene que de conformidad con los literales a), b) y h) del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, le confieren a la CNSC las siguientes funciones de vigilancia de la correcta aplicación de las normas de Carrera Administrativa:*

- a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;*
- b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado; (...).*
- h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley; (...) (Subrayado fuera del texto)*

*(...)*

*Aunado a lo anterior, el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011, prevé la posibilidad de subsanar los posibles errores que se puedan presentar en curso de las actuaciones propias de la Administración, para ajustarlas a Derecho.*

*Atendiendo las disposiciones normativas relacionadas en precedencia, se hizo necesario adelantar una actuación administrativa tendiente a determinar la procedencia de dejar sin efectos la Prueba de Competencias Funcionales aplicada el 1 de diciembre de 2019, en los Procesos de Selección No. 752, 758, 768, y 771 de 2018 de la Convocatoria Territorial Norte, en relación con los empleos identificados con los códigos OPEC 20616, ofertado por la Alcaldía de Turbaco, OPEC 70330, ofertado por la Alcaldía de Barranquilla, OPEC 72678, ofertado por la Alcaldía de Puerto Colombia y OPEC 78272 y 78273, ofertados por la Alcaldía de Cartagena y, de requerirse, adoptar las medidas administrativas a que haya lugar.*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*Conforme a lo anterior, se expidió al Auto No. 0320 de 2020 “Por el cual se inicia la actuación administrativa tendiente a determinar la procedencia de dejar sin efectos la Prueba de Competencias Funcionales de los empleos identificados con Código OPEC 20616, 70330, 72678, 78272, 78273 y aplicadas en ejecución de la Convocatoria Territorial Norte”.*

*Así las cosas, el 12 de agosto de 2020, la CNSC mediante Resolución 8431 de 2020 “Por la cual se resuelve la actuación administrativa iniciada mediante Auto No. CNSC – 20202020003204 del 11-05-2020, tendiente a determinar la procedencia de dejar sin efectos la Prueba de Competencias Funcionales de los empleos identificados con código OPEC No. 20616, 70330, 72678, 78272, 78273, aplicada en ejecución de la Convocatoria Territorial Norte”, declaró la existencia de una irregularidad en la aplicación de la Prueba de Competencias Funcionales TEC001, aplicada para los empleos identificados con los códigos OPEC 20616, 70330, 72678, 78272, 78273, de los Procesos de Selección No. 752, 758, 768, y 771 de 2018, de la Convocatoria Territorial Norte, por tanto, dejó sin efectos la mencionada prueba y ordenó a la Universidad Libre en su calidad de operador del concurso diseñar, construir y aplicar una nueva Prueba de Competencias Funcionales para los empleos identificados con los códigos OPEC 20616, 70330, 72678, 78272, y 78273, de los Procesos de Selección No. 752, 758, 768, y 771 de 2018, de la Convocatoria Territorial Norte, a los aspirantes que presentaron la prueba que se deja sin efectos mediante la presente Resolución, debiendo a su vez, cumplir las demás etapas del proceso de selección, hasta la consolidación de los resultados definitivos de las pruebas aplicadas para esas OPEC.*

*Finalmente, se debe precisar que según el Informe Técnico presentado por la Universidad Libre a la CNSC el 16 de marzo de 2020, en el que se manifiesta que “(...) se procedió de inmediato a revisar el 100% de las pruebas, teniendo en cuenta los criterios de pertinencia, relevancia, validez y confiabilidad del instrumento, concluyendo que, del total de 132 pruebas aplicadas para 1235 empleos en concurso, solamente en la prueba TEC001, se presentó esta novedad”, y las tareas de auditoría adelantadas por la CNSC, solamente procede la repetición de la Prueba de Competencias Funcionales TECN001 para los empleos identificados con los códigos OPEC 20616, 70330, 72678, 78272, 78273, de la Convocatoria Territorial Norte.*

*(...)*

*Por lo anterior, apelando al carácter subsidiario de la acción constitucional es en sede judicial administrativa donde se debe resolver las pretensiones que vía tutela quiere obtenerse. Ello, no sólo porque se pretende una protección de derechos que no han sido vulnerados por parte de la CNSC y la Universidad Libre como operador del concurso, toda vez que lo que se pretende es corregir un error y volver a formular los ejes temáticos y las pruebas funcionales apelando precisamente al principio de*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*igualdad que le asiste a todos los aspirantes de tal forma que se respeten los mismos términos y condiciones para acceder por mérito a los empleos públicos de carrera, respetando las reglas del debido proceso, que implican en sí mismo, permitir a los posibles afectados con la decisión, manifestar sus puntos de vista frente al trámite que se adelanta y ante lo cual el tutelante no accedió dentro de los términos y las solemnidades exigidas por el CPACA no siendo la acción de tutela el medio judicial procedente.”*

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Competencia.**

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción en primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

#### **3.2. Problema jurídico.**

En el presente caso, considera el Despacho necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Es procedente en el caso *sub examine*, la acción de tutela instaurada, en contra actos administrativos y determinaciones adoptadas en un proceso de selección de empleos públicos a través de concurso de méritos?

En caso de que se estime procedente la presente acción, se entrará a resolver si,

- ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital del señor HENRRY ARELLANO PALOMINO, por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, por cuanto, dicha entidad mediante Resolución 8431 de 2020, dejó sin efectos la Prueba de Competencias Funcionales TECN001, aplicada el 1° de diciembre de 2019, en ejecución de, entre otros, el Proceso de Selección No. 771 de 2018, para la OPEC No. 78273, y ordenó a la Universidad Libre en su calidad de operador del concurso diseñar, construir y aplicar una nueva Prueba de Competencias Funcionales.?

#### **3.3. Tesis del Despacho.**

El Despacho concluye que en el presente caso, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela interpuesta por el señor HENRRY ARELLANO PALOMINO, en nombre propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues de lo manifestado en el escrito de tutela y de las pruebas aportadas al expediente, no se logra acreditar lo referente al perjuicio irremediable, para la procedencia de la misma ante la existencia de otros medios judiciales, los cuales a juicio de este



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

despacho se tornan idóneos y eficaces para ventilar el litigio planteado a través de la solicitud de amparo que nos ocupa.

### **3.4. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **3.4.1 Naturaleza jurídica de la acción de tutela.**

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la acción de tutela como herramienta idónea para la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos en los cuales se ahondará más adelante, tales como:

##### *a. La Subsidiariedad o Residualidad:*

Se refiere a que la acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el juez constitucional.

##### *b. La inmediatez:*

La acción de tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

##### *c. La especialidad:*

La razón de ser o el objeto de la acción de tutela es la protección de los derechos constitucionales fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la acción.

Sin embargo, es posible que la acción de tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los derechos colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los derechos constitucionales fundamentales.

#### **3.4.2. El debido proceso en las actuaciones administrativas y judiciales.**



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

Según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública.

En palabras de la Corte Constitucional, debido proceso consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. En ese sentido ha explicado:

*“La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:*

*(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;*

*(ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;*

*(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;*

*(iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;*

*(v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y*

*(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”.*<sup>1</sup>

También expone la Corte, que el debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales<sup>2</sup>.

### **3.4.3. El derecho de acceso a cargos públicos – Carácter de fundamental.**

La H. Corte Constitucional desde sus primeros fallos<sup>3</sup>, ha reconocido el carácter fundamental que caracteriza al derecho a acceder a cargos públicos. Explica la Corte que este constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática<sup>4</sup>. De allí que las restricciones, condiciones y limitaciones al acceso a cargos públicos deben ser razonables y proporcionados.<sup>5</sup>

En ese sentido, en sentencia de constitucionalidad del año 2017<sup>6</sup>, la Corte expone que la jurisprudencia constitucional ha entendido que entran en el **ámbito de protección de este derecho** (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo<sup>7</sup>, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos<sup>8</sup>, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos<sup>9</sup>, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público<sup>10</sup>.

### **3.4.4. Principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela.**

Reiterando su jurisprudencia, la Corte Constitucional, en sentencia del año 2015, expresó que *“la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen*

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>2</sup> Ver al respecto la Sentencia T-572 del 26 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

<sup>3</sup> Ver al respecto, sentencia T- 03 de 1992.

<sup>4</sup> Sentencia SU-441 de 2001.

<sup>5</sup> Sentencia C-176/17. Magistrado Sustanciador: ALBERTO ROJAS RÍOS

<sup>6</sup> Ibídem

<sup>7</sup> Sentencia T-309 de 1993.

<sup>8</sup> Sentencia T-313 de 2006.

<sup>9</sup> Sentencia T-451 de 2001.

<sup>10</sup> Sentencia SU-441 de 2001.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

como causal de improcedencia de la tutela: “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

(...)”<sup>11</sup> (Se subraya)

Partiendo de lo anterior, se hace necesario precisar los eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. Respecto de esto último, la Corte Constitucional ha explicado que tal concepto “está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho.”<sup>12</sup> En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención<sup>13</sup>:

*“**la inminencia**, que exige medidas inmediatas, **la urgencia** que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y **la gravedad de los hechos**, que hace evidente **la impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve*

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2015. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-617 de 2013.

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia SU-712 de 2013.





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”<sup>14</sup>*

Siendo esta jurisprudencia reiterada en los siguientes términos:

*“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.<sup>15</sup>*

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.<sup>16</sup>

### **3.4.5. Mecanismo de defensa contra actos administrativos.**

Para dar solución a las controversias legales que surgen con la expedición de actos administrativos, el legislador consagró una serie de medios de control consagrados en el Título III de la Parte II del C.P.A.C.A., los cuales se ejercen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos que, con la expedición del respectivo acto administrativo se vulneren. No obstante, la Corte Constitucional ha dispuesto que cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

<sup>14</sup>. Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

<sup>15</sup>. Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T- 015 de 19 95, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013..

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

Acorde con lo anterior se encuentra lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia del año 2015, donde explicó:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos de rango constitucional o legal que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, puesto que, para controvertir la legalidad de estos, el legislador estableció diferentes acciones en la jurisdicción contenciosa administrativa que se presumen idóneas para restablecer el derecho conculcado. No obstante, la Corte ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente como mecanismo transitorio de amparo y, en consecuencia, habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el respectivo proceso.”*

*En ese orden de ideas, en el análisis de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, es indispensable abordar el tema de las medidas cautelares en el ámbito del derecho administrativo, debido a que, por la forma en que fueron diseñadas contribuyen a la eficacia de los medios de control previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

(...)

*La Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), establece en su artículo 138, como medio de control de las actuaciones de la administración, la nulidad y restablecimiento del derecho.*

*En cuanto a las medidas cautelares, el CPACA incorporó todo un capítulo (XI) destinado a explicar la tipología, las reglas de procedencia y el trámite para su adopción por parte del juez administrativo. Así, el artículo 229, en materia de la procedencia, dispone que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Además, el inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.*

*Según el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*las siguientes medidas: (i) mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra; e (v) impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente. De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.*

*El artículo 231 del cuerpo normativo precitado, fija las condiciones especiales para su procedencia previendo dos grupos de medidas: (i) las de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y, (ii) las de los casos restantes. En el caso de la suspensión provisional, el primer párrafo del artículo 231 establece que dicha medida procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En ese contexto si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, será necesario probar en forma sumaria que ellos existen.*

*Para el otro grupo conformado por los casos restantes se requiere: (i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y finalmente, (iv) que se cumpla una de las siguientes condiciones: (a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o (b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

*Cabe señalar que la oportunidad para solicitar y decretar las medidas cautelares varían dependiendo su naturaleza. En ese sentido, el CPACA establece un distinción entre medidas cautelares ordinarias (art.233) y medidas cautelares de urgencia (art. 234). Respecto de esta última categoría, la ley indica que podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.<sup>17</sup> (Se subraya)*

En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha establecido como regla general, que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, esto, teniendo presente que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción contenciosa administrativa, “en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto”. Sin embargo, la Corte constitucional ha señalado que “en los **casos en que se acredite un perjuicio irremediable**, la tutela se torna procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa”.<sup>18</sup>

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Despacho se pronunciará sobre la acción de tutela impetrada.

### **3.5. Caso concreto**

En el caso *sub examine*, el señor Henry Arellano Palomino, actuando en nombre propio, solicita mediante este mecanismo, el amparo a sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y al mínimo vital.

Ahora, una vez analizados los hechos, pretensiones y la respectiva contestación, para resolver el asunto en cuestión, este Despacho se planteó dos interrogantes, siendo coherente resolver inicialmente lo referente a la procedencia de la acción de tutela en el caso bajo examen.

Como en líneas anteriores se explicó, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, para la procedencia de la acción de tutela se requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos, tales como la subsidiariedad o residualidad y la inmediatez.

Profundizando en este punto preciso de la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, se tienen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto. Así, en sentencia de tutela del año **2014**, reiterando su jurisprudencia<sup>19</sup>, la Corte explicaba:

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-243 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-427 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>19</sup> En especial ver sentencias: T-315 de 1998, SU-133 de 1998, SU-613 de 2002, SU-913 de 2009 y T-829 de 2012.





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*“En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.”*

*En este sentido, esta Corporación en sentencia **T-315 de 1998**, señaló:*

*“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene 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. En segundo lugar, procede la tutela 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...”*

*De igual forma, en la sentencia **SU-133 del 2 de abril de 1998**, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera (...)*

*En el mismo sentido, la **Sentencia T-425 del 26 de abril 2001**, se pronunció en los siguientes términos:*

*“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

En la Sentencia **SU-613 del 6 de agosto de 2002**, la Corte reiteró esta posición:

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”*

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.”<sup>20</sup>

Nótese que, para la estructuración de la línea jurisprudencial, que llevó a la conclusión que en el último párrafo transcrito se resalta, la Corte citó distintos pronunciamientos, todos ellos anteriores a la entrada en vigencia del nuevo estatuto procesal que rige el ejercicio y trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento.

Así pues, al entrar en plena vigencia y aplicación la Ley 1437 de 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, se vislumbra una pequeña variación en la postura de la Corte Constitucional en cuanto a procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, revistiendo dicha procedencia de más excepcionalidad.

Es así, cuando en sentencia de tutela del año **2015**, expuso:

*“El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de*

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-112A/14. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.*

*En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral<sup>21</sup>.*

*Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces<sup>22</sup> para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes<sup>23</sup> y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.”<sup>24</sup>*

Posteriormente, en sentencia del año **2018**, en cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos en materia de concurso de méritos, la Corte explicó:

*“(...) la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos*

<sup>21</sup> Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: “es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (...) no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”.

<sup>22</sup> En la Sentencia T-507 de 2012 se indicó al respecto: “Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resarce por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requiere una solución inmediata, para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (...) En conclusión, (...) la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia excepciona la subsidiariedad de la tutela, dado que, al realizar un estudio del medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política”.

<sup>23</sup> Sentencia SU-961 de 1999.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-180/15. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas<sup>25</sup>.*

*No obstante, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad<sup>26</sup> y/o eficacia<sup>27</sup> para garantizar la protección oportuna e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados<sup>28</sup> en el caso concreto.*

(...)

*En principio, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, los mecanismos ordinarios de protección de los derechos de los participantes en*

<sup>25</sup> Corte Constitucional, SU-439 de 2017. Ver las sentencias T-094 de 2013; T-243 de 2014; T-070 y T-427 de 2015; T-051 de 2016; T-161 y T-441 de 2017; entre otras.

<sup>26</sup> La Corte ha explicado que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho. Ver, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999; T-589 y T-590 de 2011; T-669 y T-798 de 2013; T-028 y T-386 de 2016 y T-161 de 2017.

<sup>27</sup> En cuanto a la *eficacia*, este Tribunal ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado. Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2009; T-858 y T-160 de 2010; T-177, T-589 y T-590 de 2011; T-005 de 2014; T-204, T-328 y T-471 de 2017.

<sup>28</sup> En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó: "(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto"(Sentencia T-672 de 1998), en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos ( Sentencia SU-961 de 1999).

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular (Sentencia T-175 de 1997)".



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

**concursos de méritos, gozan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales.**

*En la sentencia SU-553 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación recordó 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 tanto, sólo 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 **un claro perjuicio para el actor**; y (ii) cuando se ejerce la acción de tutela como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**<sup>29</sup> ”<sup>30</sup>*

Finalmente, en sentencias de tutela del año 2019, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos, la Corte sintetizó:

*“(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso.<sup>31</sup>*

*Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos,<sup>32</sup> pues se podrían afectar derechos subjetivos<sup>33</sup> y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>34</sup>*

*(…) De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto*

<sup>29</sup> Cfr. las sentencias T-586 y T-610 de 2017.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-423/18. Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

<sup>31</sup> Sobre procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos en los eventos en que ya existe lista de elegibles pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01030-01, Sentencia del 17 de enero de 2013. CP Alfonso Vargas Rincón; Sección Cuarta. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00435-01, Sentencia del 27 de septiembre de 2012. CP William Giraldo Giraldo; y Sección Quinta. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00627-01, Sentencia del 19 de julio de 2012. CP (E) Susana Buitrago Valencia.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02081-01, Sentencia del 27 de octubre de 2011. CP Gustavo Eduardo Gómez y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00513-01, Sentencia del 15 de agosto de 2013. CP María Elizabeth García González.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01, Sentencia del 4 de febrero de 2016. CP Alberto Yepes Barreiro.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00058-01, Sentencia del 8 de mayo de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve y Sección Cuarta. Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00010-01, Sentencia del 16 de marzo de 2011. CP Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

*de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia.”<sup>35</sup>*

En ese sentido, la Sentencia **T 425 de 2019**, la Corte Concretó:

*“Según disponen los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, que solo procede cuando el solicitante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable de “naturaleza ius fundamental”<sup>36</sup>.*

*De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en asuntos relativos a concursos de méritos **los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable.***

*En el presente asunto la acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad y, por tanto, es improcedente.”<sup>37</sup>*

Todo lo anterior se traduce en que, en casos como el que nos ocupa, en los cuales la acción de tutela se presenta con el fin controvertir actos administrativos y determinaciones adoptadas en un proceso de selección de empleos públicos a través de concurso de méritos, en atención a que la acción constitucional en mención, es un mecanismo de carácter residual y subsidiario, encaminado a la **protección inmediata** de los derechos fundamentales, la regla general es la improcedencia, pues se entiende que existen otros recursos o medios de defensa judicial, (tales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual se puede solicitar la adopción de medidas cautelares), para amparar los derechos que se entienden amenazados o vulnerados, y se ha dispuesto de manera excepcional, la procedencia de dicha solicitud de amparo, en dos eventos<sup>38</sup>, (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental, lo que se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es decir, que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela (por ser un trámite ágil y sumario).

Analizando el medio de control correspondiente con problemáticas como la planteada, esto es, el de nulidad y restablecimiento del derecho, en lo que atañe a la idoneidad del mismo,

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-049/19 Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER

<sup>36</sup> Sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001 y SU-772 de 2014.

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-425/19. Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO

<sup>38</sup> Ver al respecto: Corte Constitucional. Sentencia T-423/18. Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

entendida esta, como la aptitud material de dicho mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales que se invocan, y a la eficacia, que se refiere a que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección a los mismo derechos, este Despacho encuentra que el referido medio de control, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, resulta idóneo y eficaz, toda vez que dentro del mismo se puede solicitar la adopción de medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, medidas que según el artículo 230 de la ley en comento, podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) *mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible;* (ii) *suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual;* (iii) *suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo;* (iv) *ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra;* e (v) *impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.* De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda<sup>39</sup>.

Sumado a lo anterior y en cuanto al segundo evento de procedencia de la acción de tutela, se tiene que la misma jurisprudencia constitucional ha explicado los criterios a tener en cuenta por el operador judicial, al momento de determinar la existencia de un riesgo de perjuicio irremediable, dichos criterios son:

*“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”*<sup>40</sup>

Ahora bien, siguiendo lo manifestado por la Corte Constitucional, cuando la persona interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente<sup>41</sup>, la

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-243 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>40</sup> Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.

<sup>41</sup> La prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquél a quien puede perjudicar. Se opone, por tanto, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. Así, en la sentencia T-199 de 2004, la Corte afirmó que: “Expresamente, la legislación colombiana no define





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

existencia de un perjuicio que sea inminente, que imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo<sup>42</sup>, que amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico<sup>43</sup> y que dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad<sup>44</sup>, pues de lo contrario, la acción se torna improcedente<sup>45</sup>.

En el caso que nos ocupa, el accionante no probó la existencia de un inminente perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, y mínimo vital, por el contrario, este informó en los hechos de la solicitud, que, se encuentra “nombrado en provisionalidad en el cargo de agente de tránsito código 340 grado 17 desde el día 5 de enero del año 2015”.

Así las cosas, el Despacho concluye que en el presente caso, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela interpuesta por el señor HENRRY ARELLANO PALOMINO, en nombre

---

*qué debe entenderse por prueba sumaria, a pesar de que en diversos ordenamientos y para distintos fines se alude a la misma. Por ejemplo, el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil establece que “Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos por dos testigos”. De igual manera, el artículo 299 ibídem, referente al tema de los testimonios rendidos ante notarios y alcaldes, alude al mencionado instituto procesal; e igualmente, el artículo 4 de la Ley 716 de 2001 se refiere a la prueba sumaria para efectos de la depuración de los registros contables de las entidades públicas. No obstante, de vieja data, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han precisado la noción de prueba sumaria. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar. En efecto, de conformidad con el artículo 29 Superior, toda prueba para ser considerada como tal debe ser sometida al principio de contradicción del adversario, lo cual significa que aunque de hecho en el proceso no haya sido controvertida, por ejemplo, porque la contraparte lo consideró inútil o haya dejado pasar la etapa procesal para hacerlo, se haya tenido la oportunidad procesal de hacerlo”.*

<sup>42</sup> Respecto a la característica de urgencia que debe tener el perjuicio irremediable, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-525 de 2007, en la que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela porque el peticionario tenía a su disposición un medio ordinario de defensa judicial y no probaba el elemento de la urgencia, necesario para la configuración del perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario de tutela interpuso la acción para pedir que se ordenara a su ARP la autorización de una cirugía pero la Corte no tuteló su derecho a la salud porque dicha cirugía ya había sido autorizada por la EPS del peticionario, de manera que no era necesario tomar medidas urgentes para conjurar la producción de un daño inminente.

<sup>43</sup> Respecto a la característica de gravedad, se puede estudiar, entre muchas otras, la sentencia T- 640 de 1996, en la que la Corte decidió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta porque el peticionario tenía a disposición un medio de defensa judicial y no se configuraba un perjuicio irremediable en la medida en la que el derecho que se pretendía proteger no reportaba gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico. Así, en esta oportunidad, la Corte afirmó que: *“la restricción al derecho de circulación en determinado medio de transporte y en un horario restringido a unas pocas horas nocturnas dentro de los fines de semana, no puede considerarse, a juicio de esta Sala, una vulneración grave del derecho a la libre circulación que consagra el artículo 24 de nuestra Carta Política”*.

<sup>44</sup> En relación a la impostergabilidad del amparo, puede consultarse, entre otras, la sentencia T-535 de 2003, en la que se estudió el caso de un profesor de la Universidad de los Andes que consideraba que había sido injustamente despedido, en el año 1997, debido a la publicación de unos artículos que criticaban la gestión administrativa del Rector de esa institución. En dicha oportunidad, la Corte no tuteló los derechos invocados debido a que el paso del tiempo había desvirtuado la inminencia del perjuicio y la urgencia de las medidas transitorias a adoptar.

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-275 del 2012. M.P. Juan Carlos Henao Perez



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues de lo manifestado en el escrito de tutela y de las pruebas aportadas al expediente, no se logra acreditar lo referente al perjuicio irremediable, para la procedencia de la misma ante la existencia de otros medios judiciales, los cuales a juicio de este despacho se tornan idóneos y eficaces para ventilar el litigio planteado a través de la solicitud de amparo que nos ocupa.

Así las cosas, siguiendo los lineamientos legales y jurisprudenciales aludidos en esta providencia, se declarará improcedente la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo de Cartagena**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **4. FALLA**

**PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito según lo ordenado en el artículo 30 y 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**TERCERO. Ordenar** a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, **PUBLICAR** de manera inmediata, luego de la notificación que de esta providencia se le haga, en la página web de la misma, el presente fallo de tutela, con el fin de notificar a los terceros interesados el resultado de este trámite.

**CUARTO.** De no ser impugnada la presente providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

Juez

Firmado Por:

**MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ**

**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 009 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

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





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00140-00**

Código de verificación:

**3a5cc6ccf4f75cd72f4fab0975215c1a84e33a6f7553944284c126a80dff4f1**

Documento generado en 03/11/2020 04:13:57 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**