



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera De Decisión-

Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 70-001-33-33-007-2018-00210-01
Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: REINALDO TULIO BENÍTEZ ÁLVAREZ
Accionada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide el Tribunal la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 16 de julio de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se declaró improcedente el amparo constitucional solicitado.

2. ANTECEDENTES

El señor Reinaldo Tulio Benítez Álvarez, presentó acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNS, y la Universidad de Medellín, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso.

En amparo de sus derechos fundamentales **pretende:**

- a. Que se declare ineficaz la evaluación sobre pruebas básicas y funcionales y se ordene un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.*

- b. De no prosperar la anterior, se ordene a las entidades demandadas, declarar nulas o invalidas las preguntas 84 y 85 de competencia funcionales del concurso, y que las preguntas de las competencias básicas y funcionales se haga sobre las 98 preguntas restantes, que lo necesario para continuar con el concurso sea el 65% de las 98 preguntas y que las respuestas a la reclamación sean de fondo y objetivas.*
- c. Que se declare ineficaz la evaluación y la respuesta a la reclamaciones dadas por la CNSC y la Universidad de Medellín sobre las pruebas básicas y funcionales respecto a las preguntas 11, 12, 22, 42 y 62, y ordénese un pronunciamiento de fondo y concreto sobre las mismas.*
- d. Que se tenga como verdaderas las respuestas dadas por el suscrito a las preguntas 62, 42, 27, 22, y 11 y se ordene a la CNSC y la Universidad de Medellín subir su puntaje de pruebas de competencias básicas y funcionales.*
- e. De no prosperar la anterior, se ordene a las accionadas conformar una comisión interdisciplinaria externa o se designe un perito o un evaluador externo a la universidad de Medellín y a la CNSC para dar mayor seguridad y garantía del proceso de selección, con el objeto de que realicé la evaluación de las preguntas (4,11,12,18, 22, y 27), con relación a las preguntas del eje temático del componente funcional las siguientes: (42,54,62,88,89), del cuaderno de preguntas de las pruebas de competencias básicas y funcionales de la convocatoria 428 de 2016 que corresponda al señor, y dependiendo el resultado obtenido, se suba el puntaje a que haya lugar.*
- f. En la eventualidad que no prospere o se tenga en cuenta nada de lo pedido anteriormente, se ordene a las entidades demandadas,*

declarar nulas o invalidar las pregunta (4, 11, 12, 18, 22, y 27), con relación a las preguntas del eje temático del componente funcional las siguientes: (42, 54, 62, 88, 89) de competencia básicas y funcionales del concurso, por ser violatorias al Acuerdo 20161000001296 de 2016, y del debido Proceso y por tanto se ordene a la CNSC y la Universidad de Medellín que la calificación de las preguntas de las competencias básicas y funcionales se haga sobre las 91 preguntas restantes, de tal suerte que lo necesario para continuar el concurso sea el 65% de las 91 preguntas, y, por consiguiente se ordene subir su puntaje, y que las respuestas a su reclamación sean de fondo y objetivas.

g. Se ordene a la Comisión Nacional' del servicio Civil "CNSC" y a la Universidad de Medellín a corregir su calificación final en base a la respuesta dada al señor participante EVER VERGARA. IZQUIERDO, aplicando el derecho de igualdad, debido a que su puntaje final debe ser 65.95 y No 61.84.

Como **supuestos fácticos**, señala el actor en el escrito contentivo de la acción de tutela los siguientes:

.- Fue nombrado en provisionalidad el día 3 de agosto de 2010, en el cargo de Inspector del Trabajo y Seguridad Social, Código de empleo 2003, Grado 13, adscrito a la Dirección Territorial del Departamento de Sucre, en la ciudad de Sincelejo.

.-Dicho cargo es de carrera administrativa, y para ejercerlo en propiedad había que concursar de conformidad con la Ley 909 de 2004, como en efecto concursó, y de acuerdo a los resultados de la prueba publicados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en su página web (SIMO), el día 4 de mayo de 2018, no aprobó la evaluación correspondiente, debido

a que tenía que sacar un puntaje mínimo de 65 y la calificación fue de 61.84.

.-La Comisión Nacional del Servicio Civil, sin contar con el aval, visto bueno o convenio que a la luz de lo establecido en el artículo 30 y 31 de la Ley 909 de 2004 es necesario, realizó la Convocatoria No. 428 de 2016, con efectos sobre entidades del orden nacional, como lo es el Ministerio de Trabajo, con la finalidad de ofrecer a través de concurso abierto de mérito aproximadamente 800 plazas, relacionadas con Cargos de Inspector del Trabajo y Seguridad Social, Código 203, Grado 13.

.- Mediante Acuerdo No. 2016000001296 del 29 de julio de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, fijó las reglas del concurso, determinando un cronograma de etapas preclusivas y estableciendo la posibilidad de presentar reclamación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación sobre los resultados obtenidos por los aspirantes, es decir, entre los días 7 y 11 de mayo de 2018.

.- La prueba escrita se realizó el día 8 de abril de 2018, en la ciudad de Montería-Córdoba, y el día 4 de mayo de 2018, se publicaron los resultados por la Universidad de Medellín en el marco del convenio con la Comisión Nacional del Servicio Civil, y se le asignó un puntaje de 61.87 sobre 100, lo cual lo deja por fuera de concurso en virtud de que el puntaje mínimo de aprobación es de 66.

.- Que con base en artículo 34 del Acuerdo Reglamentario del Concurso, presentó la reclamación pertinente. Igualmente, de conformidad con el artículo 35, el día 30 de mayo de 2018 se presentó a la diligencia de reclamación, la cual consistía en la posibilidad real de acceder a los cuadernillos de preguntas y hojas de respuestas que los aspirantes habían solicitado en la reclamación.

.- En la diligencia de reclamación, no se le permitió transcribir las preguntas que se habían formulado para cotejarlas con las respuestas dadas por los evaluados, y compararlas con las respuestas que según la Comisión serían las acertadas. Y solo se permitió que se anotaran lo que la comisión definió como palabras claves de cada pregunta, lo cual descontextualiza y desubica al interesado en la reclamación, no se permitió una verdadera revisión ni confrontación, lo cual aparte de ser una postura arbitraria, caprichosa e injusta de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Universidad de Medellín, es un acto violatorio de las reglas que exigen transparencia, especialmente el artículo 28 de la Ley 909 de 2004.

.-Dentro de las reclamaciones complementarias manifestó en forma metódica y con fundamentación jurídica su desacuerdo con las respuestas dadas por la CNSC y la Universidad de Medellín. Respecto a las preguntas del Eje temático de "preguntas básicas" las siguientes: (4, 11, 12, 18, 22, y 27), con relación a las preguntas del eje temático del componente funcional las siguientes: (42,54, 62, 88,89) y solicitó para cada pregunta la corrección debida y aumento de su puntuación.

.-Igualmente argumentó las falencias referentes a las respuestas dadas por la CNSC y la Universidad en el cuadernillo de respuestas, y que al contrastarlas hoy con documentos expedidos por esas entidades, se evidencian contradicciones y falsas motivaciones (respuesta a las preguntas, 42, 22, 62).

.-Que complementó las reclamaciones dentro de los plazos reglamentarios; esto es, entre el jueves 31 de mayo y el viernes 1 de junio de 2018. Dentro de las reclamaciones complementarias manifestó en forma metódica y con fundamentación jurídica que en el examen se formularon muchas preguntas que no guardan relación con los ejes temáticos, especialmente en el capítulo de conocimientos funcionales;

es el caso de las preguntas 84 y 85, que tienen que ver con las sanciones a los menores infractores de la Ley penal.

.- Las anteriores se referían a campos temáticos distintos de los que manejan los Inspectores de Trabajo, esta temática es propia del Defensor de Familia, del Fiscal o del Juez, pero no de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, temas que íntimamente no están ligados al cargo.

.-Para el caso especial de otras preguntas, la Comisión y la Universidad de Medellín, tenían como válidas unas respuestas que a la luz del orden jurídico constitucional, legal y/o jurisprudencial, no son las realmente correctas, lo cual conduce inexorablemente a un gravísimo error por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín, con unas consecuencias injustas sobre los aspirantes, quienes podrían encontrarse lesionados en varios de sus derechos constitucionales y acarreando sobre ellos un perjuicio, especialmente el debido proceso.

.- Que el día viernes 8 de junio de 2018, la Comisión Nacional a través de la Universidad de Medellín, dio respuesta definitiva a todas las reclamaciones, incluyéndolo, recibiendo exactamente la misma respuesta; violando las normas relacionadas con las respuestas que se deben dar a cualquier reclamación, es decir, no atendieron las situaciones individuales de cada uno de los interesados, lo que evidencia una actitud preconcebida de no acceder a las justas reclamaciones de revisión, imparcialidad y transparencia, y para ello se inventaron y aplicaron una respuesta general de formato.

.-Que los señores Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, José Gregorio Buelvas Torres y Ever Antonio Vergara Izquierdo, identificados con las cédulas de ciudadanía No. 11.106.487 y 73.181.911 respectivamente, aspirantes en la convocatoria 428 de 2016,

presentaron acción de tutela en la ciudad de Montería-Córdoba, con el objeto de que la CNSC y la Universidad de Medellín resolviera una a una las reclamaciones que presentaron, logrando que esas entidades dieran respuestas a todas y a cada una de ellas. Y en ambas respuestas dadas por la Universidad de Medellín en conjunto con la Comisión Nacional del Servicio Civil, claramente se observa que le están concediendo la razón con relación a las preguntas No. 22, 42 y 62, las cuales también coinciden en la reclamación y sus respuestas fueron exactamente las mismas.

.-De las respuestas dadas por la CNSC y la Universidad a esos accionantes y haciendo una simple comparación con las reclamaciones hechas por él, se observa claramente que sus respuestas a las preguntas 42, 22 y 62 son correctas como lo expuso en su reclamación, sin embargo, esas entidades se las están calificado como incorrectas, dejándome el mismo puntaje inicial obtenido, de acuerdo con la respuesta de la reclamación No. 134145832 del 3 de marzo de 2018.

.- Considera que si se analizan las respuesta dadas por la CNSC y la Universidad de Medellín al señor Ever Antonio Vergara Izquierdo, con fecha 21 de junio de 2018, se observa claramente que en la parte final, estas entidades le relacionan una serie de respuestas de la prueba básica funcional y terminan manifestándole que luego de revisar nuevamente las preguntas se corroboró la existencia de una sola clave de respuesta para cada una de las preguntas, y en el momento de calificación se tuvieron en cuenta las respuestas correctas, siendo la puntuación directa del aspirante para el componente básico de 25 y para el componente funcional de 35 y finalmente le están asignando una calificación de 64.87- de 100, mientras que en su caso particular, sustenta su reclamación en base a que en la revisión de su prueba se pudo verificar que tiene 23 preguntas correctas en el componente básico y 38 preguntas correctas en el componente funcional, para un total de 61

preguntas correctas, y se le asigna una calificación de 61.84-de 100. Entonces no es justo, ni equitativo dichos resultados.

2.2. Actuación procesal en primera instancia:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 4 de julio de 2018 (fol. 47).
- Admisión de la demanda: 4 de julio de 2018 (fol. 48-50).
- Notificación a las partes: 5 de julio de 2018 (fls. 51 a 58).
- Contestación CNSC: 9 de julio de 2018 (fls. 67 a 74).
- Contestación Universidad de Medellín: 9 de julio de 2018 (fls. 84-90).
- Sentencia de primera instancia: 16 de julio de 2018 (fls. 103 a 122).
- Impugnación: 23 de julio de 2018 (fol. 132-139).
- Concesión de la impugnación: 25 de julio de 2018 (fol. 140).

2.3. Informes rendidos por los entes accionados

2.3.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su Asesor Jurídico argumenta, que la presente acción de tutela carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para su procedencia, pues la inconformidad frente a la causal de exclusión aplicada por no acreditar en debida forma los requisitos contenidos en el Acuerdo No. 20161000001296 de 2016, no es excepcional, por tanto el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acto administrativo de carácter general.

.- Que la CNSC, en virtud de las facultades asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, es el organismo

encargado de la administración y vigilancia del Sistema General de Carrera y de los Sistemas Especiales y Específicos de Carrera Administrativa de origen legal, que en virtud de lo consagrado en el literal a) del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, también le corresponde establecer los reglamentos y los Lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera.

.-En consecuencia, el Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos No 20171000000086 del 1 de junio de 2017 y 20171000000096 del 14 de junio de 2017, por el cual, se convocó el proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, de dieciocho (18) entidades del Orden Nacional, es la norma que auto vincula y controla el concurso de méritos denominado Convocatoria No. 428 de 2016. La cual establece en su artículo 4, la estructura para la Convocatoria.

.-Que el 8 de abril de 2018, se aplicó la prueba de Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de la Convocatoria No. 428 de 2016 - Grupo de Entidades del Orden Nacional y conforme el artículo 33 del Acuerdo No. CNSC - 20161000001296 del 29 de julio de 2016, el día 4 de mayo de 2018, se realizó la publicación de los resultados.

.- Entre el 7 y 11 de mayo de 2018, los aspirantes podían presentar las reclamaciones frente a los resultados de las pruebas de Competencias Básicas y Funcionales, así como solicitar acceso al material de las pruebas, término dentro del cual el accionante reclamó y solicitó acceso a las pruebas.

.-El procedimiento de acceso al material de la prueba se llevó a cabo el día miércoles 30 de mayo en la misma ciudad de aplicación de la prueba, garantizándose así, los derechos de los aspirantes a conocer más a

fondo su desempeño en las pruebas, y resalta que el aspirante firmó el acta de confidencialidad, donde aceptó las condiciones en las cuales se desarrolla la diligencia de acceso a pruebas, por lo que no es de recibo que después de haber accedido al material, quiera controvertir las condiciones en las cuales se produjo la diligencia.

.-Que no es cierto que al no permitir que copiara de manera literal las preguntas del cuadernillo, opciones de respuesta y claves, se incurra en violación a sus derechos fundamentales; dentro del proceso de selección, se previó la diligencia de acceso a pruebas, con el fin de que una vez publicados los resultados preliminares de las pruebas escritas, los aspirantes que así lo soliciten puedan confrontar el material que diligenciaron frente a aquellos y posteriormente puedan ampliar o complementar la reclamación inicialmente radicada en esta etapa. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo No 201610C0000085 del 4 de mayo de 2016, la reclamación podía ser completada por los aspirantes durante los 2 días hábiles siguientes al acceso a pruebas, es decir, durante el 31 de mayo y 1 de junio de 2018, término dentro del cual el accionante amplió la reclamación.

.- La forma de calificar las pruebas no corresponde a la simple verificación del número de respuestas correctas. Éste proceso se plantea desde la concepción de la generación de una calificación objetiva, válida y confiable, que permite identificar y seleccionar a los participantes que tienen los más altos niveles de atributos (en este caso, conocimientos) en comparación con un grupo de referencia constituido por los grupos específicos dentro de los mismos participantes en el concurso (*Lineamiento del concurso- coeficiente de confiabilidad utilizado -Alfa de Cronbach- etapa: recodificación de las variables, identificación del grupo normativo, ponderación*).

.- En cuanto a las reclamaciones del aspirante, no es cierto que frente a éstas, se le profiera una respuesta que no fuera clara y amplia, por el contrario como se puede observar en el anexo de la tutela impetrada por el accionante, se le esclareció de manera sucinta que cada uno de los ejes temáticos fueron proporcionados por la entidad oferente, de acuerdo con las necesidades que ostenta dicha institución, es decir que frente al profesional postulado para el cargo a proveer, dicha entidad nominadora requiere una serie de conocimientos desarrollados por el profesional que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles. Así mismo, se le indicó que cada una de las preguntas se elaboró por expertos en la materia, que a su vez se sometieron a un protocolo de validación respaldando la veracidad, pertinencia, la forma y la estructura técnica.

.- Que quienes validan las preguntas, someten a revisión estricta cada una de ellas, con miras a comprobar una única clave de respuesta que se encuentre regulada en normatividad vigente, y lo más importante, que sea la respuesta correcta, sin que exista múltiples respuestas que den lugar a desaciertos. Que de acuerdo con el riguroso protocolo mencionado, es claro que no existe lugar a error en la estructura de las preguntas y en cada una de las repuestas.

.-El señalamiento de la falta de idoneidad de las pruebas no puede ser objeto de estudio en sede de tutela, para ello el ordenamiento procesal administrativo ha previsto medios de control, como la nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 CPACA), lo mismo ocurre con la inconformidad sobre el enfoque técnico dado a las pruebas, a sus contenidos y a los pesos porcentuales otorgados a los distintos factores considerados para determinar los resultados.

.- El 9 de julio de 2018, se dio alcance a la respuesta emitida, con lo cual se abarcaron de manera integral y de fondo las inquietudes planteadas por el aspirante en la acción de tutela, por lo que se solicita, que en el

sentido del fallo se disponga la carencia actual de objeto por "hecho superado".

Solicitó no tutelar derecho fundamental alguno a favor del accionante.

2.3.2. La Universidad de Medellín contesta y hace referencia al Régimen de Carrera, igualmente a las etapas del proceso como integralidad, conforme lo consagrado en la Ley 909 de 2004 y el Acuerdo 2016000001296 del 29 de julio de 2016 reglamentario del concurso.

.-Refiere, que la acción de tutela es improcedente, no sólo porque se pretende como un mecanismo principal para demandar la validez de un acto administrativo que no es susceptible de ningún recurso como lo es la respuesta a la reclamación, sino porque pese haber respondido de conformidad con el Acuerdo, en especial a lo señalado en la sentencia T-466 de 2004, se dio alcance a la respuesta inicial al ampliar la justificación de las opciones de respuesta que se tienen como válidas para la prueba aplicada por el accionante.

.- Respecto a los derechos que se invocan como vulnerados, indica, con relación al derecho de petición, que el accionante conoció de manera previa a su inscripción las reglas del concurso, tuvo acceso a los resultados, se le permitió reclamar frente a los resultados preliminares de las pruebas escritas, se le citó para que accediera al material de las pruebas y ampliar su reclamación, y finalmente, se le respondió su reclamación.

.-En cuanto al debido proceso, sostiene que no se vulnera, ya que el aspirante conoció de manera previa a su inscripción las reglas del concurso, se le permitió reclamar, acceder al material de las pruebas, ampliar su reclamación, y se le dio respuesta en los términos que esperaba.

.-No se vulnera el Derecho a la igualdad por cuanto, esto se presenta cuando de manera injustificada se otorgan preferencias o se establecen discriminaciones de personas que se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico. Situación que no ocurre en el presente caso, en primer lugar porque, se citó a todos los aspirantes que solicitaron acceso en igualdad de condiciones, y todos se acogieron a ellas, y en segundo lugar, porque el accionante no demuestra frente a que otro aspirante se le aplicó un criterio diferente que amerite el amparo frente al derecho invocado.

.-En relación con el derecho al trabajo y acceso a cargos públicos, no se vulneraron, porque lo que tiene el aspirante frente a un concurso de méritos, es una mera expectativa y no un derecho adquirido.

.-Respecto al principio de la confianza legítima, no se vulneró, porque en un concurso de méritos los requisitos mínimos exigibles a cada empleo son conocidos previamente y por todos los aspirantes que pretendan postularse a determinado cargo, de manera que no se trata de exigencias irracionales, inciertas o intempestivas que afecten de alguna manera las expectativas de un aspirante dentro del proceso de selección.

Solicita que se desestimen las pretensiones y se declare improcedente el amparo, pues no hay vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante.

2.4. La sentencia impugnada.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito, mediante sentencia del 16 de julio de 2018, negó por improcedente la acción de tutela. Fundó la decisión argumentando que, como quiera que la pretensión principal del actor, al instaurar la presente acción radica en que se ordene nueva valoración en la calificación de preguntas excluidas por razones técnicas

en un concurso de méritos, y dado que ello se trata de actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la acción de tutela es, por regla general improcedente, debido a que en la justicia contencioso-administrativa existen los mecanismos judiciales ordinarios para controvertir las decisiones que en el marco de tales concursos se profieren.

Igualmente señala, que si bien el actor ha invocado la tutela para evitar un perjuicio irremediable, ésta es improcedente por cuanto no se demostró el perjuicio irremediable, y si bien el actor solicitó medida provisional de suspensión del proceso, por considerar que su permanencia en el concurso dependía de lo resuelto en la revisión de la prueba de competencias básicas y funcionales reclamada, solo hasta el día 4 de julio de 2018, fue cuando el actor interpuso la acción de tutela, cuando ya se había habilitado el aplicativo de reclamaciones SIMO, y se había iniciado la fase o procedimiento cuya suspensión pretendía, razón ésta por la cual se le negó la medida provisional, en el auto admisorio de la tutela.

En relación a los reparos manifestados por el actor, con respecto a las preguntas del examen, consideró el *a quo*, que dicho tema debe ser controvertido en su escenario natural ante la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

Finalmente respecto al derecho de petición, manifiesta el *a quo*, que hay un hecho superado, toda vez el día 9 de julio de 2018, la Comisión a través de la Universidad de Medellín, resolvió la ampliación de su reclamación en la revisión de la prueba de competencias básicas y funcionales, tampoco observa violación al debido proceso toda vez que la convocatoria y su trámite se ha ceñido a lo preceptuado en la Ley 909 de 2004, y en los lineamientos señalados en la convocaría No. 428 de

2016, con respecto al amparo de los demás derechos solicitados, no se encontró acreditada su vulneración.

2.5. La impugnación

La parte actora impugnó la decisión de primera instancia. Reiterando lo dicho en el libelo introductorio y en dos escritos más, adiados 6 y 16 de julio de 2018¹ respectivamente, agregó además, que ésta carece de las condiciones necesarias para ser tenida como una sentencia congruente, teniendo en cuenta que: *a) No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de mi petición; b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la ley; c) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; d) Incurre el fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta insignificante a las pretensiones como actor, por errónea interpretación de sus principios”*(sic).

.- Que la Jueza no examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva y violatoria de sus derechos fundamentales por parte de los accionados, al momento que no han sido justos, transparentes, equitativos en la calificación de las pruebas básicas y funcionales.

.- En cuanto a la contestación de los entes accionados, indica que, los fundamentos de su repuesta carecen de validez y soporte jurídico, ya que ambos, tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la Universidad de Medellín, se limitaron a relatar en qué consiste el trámite de la convocatoria No 438 de 2016, e insisten en la negativa o el desconocimiento de un hecho notorio, como ellos mismo lo están ratificando en su comunicación de fecha 9 de julio de 2018, por medio del cual se da respuesta de manera detallada a las preguntas en reclamación, y reconocen que las respuestas No. 22 y 62, están

¹ Fls. 59 a 62 y 92-96.

correctas, y finalmente ellos mismos reconocen que tiene un total de 62 respuestas correctas, lo que le daría una calificación de 67.85 y no la calificación de 61.84.

.-Aduce, que no está de acuerdo con la apreciación de la improcedencia de la tutela, pues tiene muy claro que contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, procede la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, eso no tiene discusión, pero su caso es excepcional, debido a que se le está vulnerando derechos fundamentales como el de la igualdad, debido proceso, acceso al desempeño de funciones públicas y al trabajo.

.-Refiere (sic) *"Ahora bien, si tomo el camino que recomienda la señora jueza de primera instancia, de la Nulidad y Restablecimiento del derecho, sabemos que es un medio dispendioso, duradero en el tiempo para obtener protección a mis derechos, y mientras tanto el proceso de la Convocatoria No 428 de 2016, avanza hasta tal punto que el día 16 de julio de 2018, ya se publicaron los resultados de valoración de antecedentes de hojas de vida y lo que queda es la publicación de las listas de elegibles y posteriormente la expedición de los actos administrativos de los nombramientos de las personas que conformen dichas listas de elegibles, mientras tanto donde quedan mis derechos. ¿Con que recursos sobreviviré en el tiempo que demore en fallar el juez competente de conocer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que recomienda la señora jueza de primera instancia? Y por último le pregunto señor juez ¿Si será que mi organismo mi estado de salud, mi estado anímico, mi condición económica y física resista todo ese tiempo que demora para conocer el fallo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho? considero que llegada esa fecha lo más probable que ya no se va a restablecer ningún derecho, porque a lo mejor ya no hay nada que hacer ya se ha podido generar un perjuicio irremediable o una enfermedad ha deteriorado mi estado de salud y posiblemente estaré muerto y la notificación de dicho fallo de la acción o vía judicial que recomienda el juez de primera instancia tendrá que hacerse en la tumba de mi cadáver"*

.-Finalmente solicitó, que se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad de Medellín, que una vez corregida y modificada su calificación de las pruebas básicas y funcionales, se proceda con la calificación de las pruebas del componente comportamentales y antecedentes de hoja de vida, para poder continuar participando en el proceso de la Convocatoria 428 de 2016, OPEC: 34431, Profesional Grado 13 - Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

De acuerdo con los antecedentes planteados, los problemas jurídicos a solucionar, se circunscriben en determinar; *¿Es procedente en el sub examine, acudir a la acción de tutela para controvertir la calificación de las pruebas de competencias básicas y funcionales, efectuadas dentro concurso de méritos desarrollado por la CNSC mediante Convocatoria No. 428 de 2016- Grupo de Entidades del Orden Nacional?* De ser resuelto positivamente lo anterior, se deberá analizar; *¿si en el caso bajo examen, se encuentra probada una acción u omisión por parte de los entes accionados, que vulneren los derechos fundamentales cuya protección reclama?*

Para resolver los anteriores planteamientos, la Sala abordará los siguientes temas; **(i)** Generalidades de la acción de tutela; **(ii)**

Procedencia de la acción de tutela dentro de una actuación administrativa- Concurso de Méritos.

I. Generalidades de la acción de tutela.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe en su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá "*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*".

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable².

² Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

El H. Consejo de Estado se ha manifestado en el sentido de indicar que *"su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes"*³

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria⁴ no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Por ello, como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁵, ha señalado que *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*⁶

³ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03259-00. Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁶ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto: Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del

mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibile acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudencialmente se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable⁷:

"(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.⁸" (Negritas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, atendiendo al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la

⁷Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

afectación de los derechos del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

II. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actuaciones administrativas adelantadas en el marco de un concurso de méritos.

Como se advirtió en líneas anteriores, la tutela está establecida como un mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para impedir un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir éstos, se tiene el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha manifestado:

"Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaure para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente.

...

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente aunque para controvertir el acto administrativo de carácter particular, el actor tenga a su

*disposición otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*⁹

Sobre el punto expuesto, nos ilustra el tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, determinando de manera precisa las restricciones que de manera constitucional existen para invocar la procedencia de la tutela frente a este tipo de actos administrativos, así;

*"... en la individualización de la pretensión: la tutela no procede frente a todo tipo de violaciones de los principios fundamentales es posible intentarla cuando los derechos vulnerados son de naturaleza subjetiva y personal, solo de manera excepcional procede contra violaciones colectiva de derechos como es el caso de la acción de tutela contra particulares, y en lo concerniente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial refiriéndose a que si los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, pueden ser objeto de impugnación a través de otros recursos o acciones judiciales, de ser así no es posible hacer uso de este medio judicial exceptuando si se está frente a un perjuicio irremediable."*¹⁰

En igual sentido, manifiesta la H. Corte Constitucional:

"Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:

"(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales".

*En general, resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela, invocarla contra actos de la administración, por perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales o no ejerció las acciones ordinarias en tiempo, o las ejerció en indebida forma sin cumplimiento de los presupuestos legales. Tampoco puede el juez de tutela entrar a sustituir al juez Contencioso Administrativo, arrogándose la facultad de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto de la administración, ni cuando existe otro medio de defensa judicial y respecto de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto.*¹¹

⁹ Corte constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 1048 de 2008.

Por lo expuesto, se puede concluir en este punto que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que estamos frente a un caso especial, generado en el marco de un procedimiento administrativo denominado concurso de méritos, cabe mencionar lo expuesto por la jurisprudencia del máximo órgano constitucional, en donde se concluye que de forma excepcional la acción de tutela se abre paso en su interior, cuando se vislumbra la posible vulneración del derecho al debido proceso.

Manifiesta la H. Corte Constitucional:

"En esta línea discursiva, resalta la Sala que la jurisprudencia constitucional se ha manifestado sobre de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos en desarrollo de procesos tendentes a la provisión de cargos públicos. En estos casos se han establecido reglas específicas para determinar la procedencia de la tutela en aplicación de los parámetros generales antes mencionados. En este sentido se consagró en la sentencia T-215 de 2006 "[e]n efecto, si en dichas actuaciones administrativas no se observa el procedimiento legalmente previsto, y si ello repercute en la afectación del derecho al debido proceso de los interesados en la decisión administrativa, la acción de tutela se erige como un medio de defensa judicial adecuado, pero solamente si no existe otro mecanismo de defensa judicial que sirva para garantizar tales derechos, o si existiéndolo no se revela como un mecanismo de defensa eficaz en el caso concreto, o se cierne la amenaza inminente de un perjuicio irremediable sobre esta clase de derechos".

Y sobre la específica idoneidad y eficacia de la acción de nulidad en estos casos se manifestó recientemente

*"Ahora bien, en gracia de discusión, si se admitiese que contra el acto de publicación de resultados de las pruebas es admitida por esa jurisdicción la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, difícilmente podría alegarse la eficacia del medio judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales, puesto que la prolongada espera para la culminación de un proceso contencioso administrativo, que aun cuando no siempre tal circunstancia desvirtúa un medio de defensa judicial aplicable, en los casos bajo revisión es relevante puesto que no les garantiza a los peticionarios el acceso inmediato al derecho fundamental de rango constitucional a acceder a cargos públicos por vía de un concurso de mérito, dado que con probabilidad a su terminación, ya los derechos en disputa se hayan extinguido teniendo en cuenta que parte del debate de fondo sobre esos actos, radica precisamente en la naturaleza de trámite o no de esos actos."*¹²⁷

Este planteamiento resulta acorde con una estable jurisprudencia constitucional que fue ratificada desde el año 1998 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando en la sentencia SU-133 de 1998 se consagró.

"La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política."

Por lo tanto, la existencia de recursos administrativos o acciones judiciales para controvertir un acto de la administración no inhibe automáticamente el uso de la acción de tutela, pues en estos casos deberá evaluarse si la protección adecuada—es decir, aquella acorde con criterios de justicia material— del derecho fundamental se logra por vía de los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento para dicho propósito. De llegarse a la conclusión contraria, la utilización de la acción de tutela para ese específico caso no constituiría una suplantación del medio ordinario, ni la acción del juez de tutela una usurpación de la competencia del juez ordinario. Por el contrario, se trataría de una concreción de parámetros de justicia material en la protección de derechos fundamentales al lograr que la misma tenga un carácter eficaz y expedito, necesidad axial en un Estado que propugne por una aplicación real de los derechos fundamentales.¹²

También explicó el Alto Tribunal Constitucional:

"4. Ámbito susceptible de protección por vía de tutela.

La jurisprudencia constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela en esta materia no es absoluto sino que está restringido a aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ocasiones se refleja con el desconocimiento de la lista de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad.

En el desarrollo jurisprudencial la Corte siempre ha descrito esta situación como un factor discriminatorio ampliamente reprochable. Así, desde la Sentencia T-422 de 1992 indicó:

La circunstancia de ocupar el primer puesto en un concurso de méritos para un cargo de la administración y, sin embargo, no ser nombrado por la entidad es factor suficiente para presumir un trato diferente, discriminatorio en contra de la persona afectada por la medida. Si se demuestra que dicho trato diferente no está objetiva y razonablemente justificado, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por ser violatoria del principio de igualdad.

Criterio que ha sido ratificado posteriormente en varios pronunciamientos de la Corte. En efecto, tanto en la sentencia C-040 de 1995, como en la C-037 de

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2012, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

1996, al estudiar la constitucionalidad de las disposiciones sobre la carrera judicial, se dispuso que el cargo tendría que proveerse con quien ocupara el primer lugar en el concurso por ser el mérito el factor determinante para definir el ingreso a un cargo de carrera. Y con la misma perspectiva, en la sentencia SU-613 de 2002 la Corte procedió en igual sentido sobre el tema de la carrera judicial.

Por el contrario, el cuestionamiento sobre la conformación de la lista de elegibles, el desarrollo de una determinada prueba o su elaboración, o el posible primer puesto que puede llegar a tener un aspirante dentro del registro, son problemas en principio ajenos al ámbito constitucional y deben ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario idóneo para debatir asuntos de esta naturaleza, así como cualquier otro que surja en el trámite y desarrollo del proceso de selección, clasificación o integración de la lista de elegibles¹³. (Destacado de la Sala).

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

Centrando el estudio en la primera *subregla* antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el Alto Tribunal de lo Constitucional Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes

¹³ Cfr. Sentencia T-1110 de 2003. M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

condiciones: "**(i)** se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; **(ii)** de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; **(iii)** su 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 imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales"¹⁴. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

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

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

¹⁴ Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

Así las cosas, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que sólo 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 amenazado¹⁵. 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 irremediable¹⁶. 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 ordinario¹⁷.

En conclusión, tal como lo demuestra la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta indispensable analizar frente a cada caso, si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados y si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar una protección integral.

15 Así, por ejemplo, en Sentencia T-106 de 1993, se ve esta postura de la Corte Constitucional desde sus inicios: "El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."

16 En este sentido por ejemplo, la Corte, en la sentencia T-983 de 2001, precisó: "Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico."

17 Cfr. Sentencia T-1222 de 2001

III. Solución al asunto

En el *sub examine* pretende el accionante, que en amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad de trato, trabajo y derecho al mérito y acceso a la carrera administrativa, se declare ineficaz la evaluación sobre las pruebas básicas y funcionales y las respuestas dadas a las reclamaciones interpuestas sobre la calificación. Igualmente, que de no prosperar éstas, se declaren nulas las preguntas (84 y 85) de la competencia funcional del concurso y se tengan como verdaderas las preguntas (64, 42, 27, 22 y 11), ordenando a la Universidad de Medellín subir el puntaje inicialmente obtenido.

.-También solicita, que de no prosperar las anteriores, se ordenara a las accionadas conformar una comisión interdisciplinaria externa o se designe un perito o un evaluador para realizar la evaluación de las preguntas (4, 11, 12, 18, 22 y 27, 42, 54, 62, 88 y 89) en caso negativo, que se declaren nulas por ser violatorias al Acuerdo 2016000001296 de 2016.

.-Por su parte los entes accionados contestaron que, no existe vulneración de los derechos fundamentales que estima el accionante como vulnerados, por cuanto sus actuaciones se han sujetado a las reglas establecidas para el proceso de selección, así como al respeto de los derechos al debido proceso, defensa, así como a los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia. Teniendo en cuenta además, que el accionante presentó reclamación, solicitó y asistió a la diligencia de acceso a pruebas y complementó en la oportunidad legal su reclamación inicial, especificando sus inconformidades frente algunas preguntas particulares de la prueba aplicada el 8 de abril.

.-Igualmente se esgrimió en la defensa, que el señalamiento de la falta de idoneidad de las pruebas no puede ser objeto de estudio en sede de tutela, pues para ello el ordenamiento procesal administrativo ha previsto medios de control como la nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 CPACA), lo mismo ocurre con la inconformidad del accionante con el enfoque técnico dado a las pruebas, a sus contenidos y a los pesos porcentuales otorgados a los distintos factores considerados para determinar los resultados.

.-Para resolver la Sala cuenta con el siguiente material probatorio:

- *Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Reinaldo Tulio Benítez Álvarez (fl. 12).*
- *Pantallazo de la calificación a las pruebas básicas y funcionales (fl. 13).*
- *Copia de la reclamación de fecha 9 de mayo de 2018 (fl. 14).*
- *Copia de la complementación y sustentación de la reclamación a la prueba funcional y de conocimientos básicos, de fecha de 1 de junio de 2018 (fl. 15-23)*
- *Pantallazos de la plataforma SIMO sobre las reclamaciones y complemento o sustentación de las reclamaciones (fl. 24).*
- *Copia de la respuesta a la reclamación, emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín, No. 134145832 de fecha 3 de junio de 2018 (fls. 25 a 32 y 79 reverso a 83)*
- *Copia de respuesta a la reclamación, dirigida para el señor José Gregorio Buelvas Torres, emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín, de fecha 20 de junio de 2018 (fls. 33-38).*
- *Copia de respuesta a la reclamación, dirigida para el señor Ever Antonio Vergara Izquierdo, emitida por la Comisión Nacional del*

Servicio Civil y la Universidad de Medellín, de fecha 21 de junio de 2018 (fls. 39-43).

- *Copia del pantallazo del aviso de la CNSC, de fecha 25 de junio de 2018 (fl. 44).*
- *Copia del Auto CNSC 20182120006724 DEL 21 de junio de 2018 (fl. 45-46).*
- *Copia de respuesta a la reclamación, dirigida a Leonardo Antonio Sierra Palencia, emitida por la CNSC de fecha 5 de julio de 2018 (fls. 63-66).*
- *Copia de la respuesta dada por parte de la CNSC a la reclamación y ampliación presentada por el señor Reinado Tulio Benítez Álvarez de fecha 9 de julio de 2018 (fls. 76 reverso a 79 y 97 a 102).*

Examinado el asunto, concluye la Sala, que el amparo solicitado resulta improcedente por vía de tutela, en atención de las siguientes razones:

.-La jurisprudencia constitucional, ha reiterado que la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados¹⁸. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, y el artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establece 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*".

.-En efecto, conforme a lo expuesto en las consideraciones precedentes, el carácter supletorio de la tutela conduce a que sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno

¹⁸ Ver entre otras, las sentencias SU-712 de 2013, SU-617 de 2013, SU-646 de 1999, T-007 de 1992.

que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado.

.-Bajo esa óptica considera el Tribunal, que las pretensiones del accionante no pueden ser debatidas en esta vía, pues no es el juez constitucional el encargado, en virtud de un trámite breve y sumario de valorar la validez de las preguntas formuladas de la prueba de competencias funcionales, lo anterior dado que el hecho que el accionante no haya aprobado la totalidad de las preguntas por sí mismo no le resta validez, por cuanto se trataría de una interpretación personal y subjetiva que no tiene lugar dentro de los concurso de méritos para elegir personal de carrera administrativa dentro de los organismos del Estado.

.-En el *sub examine*, el actor cuenta otros mecanismos de defensa judicial, como son, los medios de control del proceso contencioso administrativo, acompañados de la posibilidad de solicitar medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados (artículo 229 de la Ley 1437 de 2011), esto por cuanto a consideración de la Sala, los debates relacionados con el desarrollo de las convocatorias, resultados, puntajes, valoraciones, equivalencias, admisiones e inadmisiones, reevaluación de documentos y censuras en la aplicación de normas que reglamentan el concurso son improcedentes por regla general, dado que se cuentan con los medios de control ordinarios, excepto que se demuestre que dichos mecanismos no son eficaces o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, circunstancias que no acontecen en el *sub lite*.

.-Obsérvese, que dentro del plenario, pese a que el actor puede (pudo) ejercer las acciones *pertinentes (medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad, reguladas en los artículos 137 y 138-2 del Ley 1437 de 2011)*, no hay prueba que acredite

que ejerció dicho medio judicial y, en cambio, optó por el uso directo de la acción de tutela, es decir, no demostró haber agotado previamente todos los recursos comunes que estaban a su disposición, circunstancia que por sí sola claramente constituye el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

.-De igual manera, la Sala considera que en el presente caso no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable que justifique la adopción de un amparo transitorio. El razonamiento que avala tal consideración parte de los siguientes presupuestos: (i) el accionante no es sujeto de especial protección constitucional; (ii) no existe ningún elemento que demuestre que el accionante se encuentre en imposibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa; (iii) tal como se ha expuesto, y sin entrar a asumir la competencia propia del juez administrativo, no se evidencia, *prima facie*, la vulneración a un derecho fundamental.

.-Ahora, si en gracia de discusión se considerara superada la subsidiariedad, precisa la Sala señalar que es inexistente la vulneración o amenaza del derecho fundamental al debido proceso administrativo, pues no se advierte antojadiza ni caprichosa la decisión de la comisionada, ya que devino de la aplicación estricta del procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004 y el Acuerdo No. 2016000001296 de 2016, reglamentario de la convocatoria No. 428 de 2016. Le fueron resueltas sus reclamaciones, y como lo informa la CNSC, el aspirante firmó el acta de confidencialidad donde aceptó las condiciones en las cuales se desarrolló la diligencia de acceso a pruebas. Igualmente se observa en el plenario que, se le permitió acceder a los cuadernillos y ampliar su reclamación la cual fue resuelta por la entidad, en donde además se le explicó, que el resultado de la prueba no dependía solamente del número de respuestas acertadas, sino también, según el estudio realizado al eje temático preestablecido bajo la utilización de la

formula <<*proporción del eje temático*>>¹⁹ descrita en el procedimiento de calificación²⁰

.-Itérase entonces, que la sola afirmación del accionante no constituye por sí misma prueba suficiente de la falta de idoneidad de la prueba de competencia funcional y comportamental, pues la pretensión de dejar sin validez las preguntas de la prueba sin soporte allegado al plenario que dé cuenta de una irregularidad en la calificación, constituiría una vulneración a la seguridad jurídica de los concursantes que aprobaron las pruebas quienes no deben verse sometidos injustificadamente a una decisión de tal naturaleza.

.-Ahora, valga la pena indicar a la parte actora, que la mera circunstancia de participar dentro de un concurso de méritos así como la presentación de las pruebas no se constituye en una garantía de ingreso a la carrera administrativa, dado que los exámenes deben aprobarse de conformidad con las reglas establecidas previamente en el acto administrativo de la convocatoria, las cuales como se vio en líneas anteriores, solo podrán ser modificadas mediante una decisión propia de la jurisdicción contenciosa administrativa, excepto que acontezca alguna de las causales de excepción explicadas. Véase además que los resultados de las pruebas no implican la ocurrencia de un perjuicio irremediable que deba ser conjurado a través del trámite constitucional, lo anterior toda vez que ello no infringe el derecho al trabajo sino que forma parte normal del ejercicio propio de los concursos de mérito y la carrera administrativa.

.-En cuanto a la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad, la Sala no encuentra probado que al actor se le haya dado un trato diferente respecto de personas que se encontraran en las mismas

¹⁹ Véase los ítems usados, (*recodificación de variables, identificación del grupo normativo, ponderación, uso de la formula alfa-numérica*). Fls. 72-74

²⁰ Ver fls. 25 a 32.

circunstancias, entiéndase esto, de cara al resultado de las reclamaciones en contra de la prueba comportamental, pues si bien trae a colación las respuestas dadas a ciertos aspirantes, lo cierto es, que de ello no se prueba un trato desigual frente a los demás participantes recurrentes, tampoco que el método utilizado para valorar los cargos de las reclamaciones haya sido diferente para uno y otro²¹, o que de dicho procedimiento haya dado lugar a la suspensión del concurso de méritos, aduciendo cargos similares a los esgrimidos por el actor en ésta instancia.

.-Así las cosas, la Sala concluye que el accionante cuenta con otros medios de defensa para cuestionar las actuaciones que acusan violatorias del debido proceso y, además, no se encuentra demostrada la existencia de un perjuicio irremediable amparable por la vía de la acción de tutela, pues no se avizora siquiera, la trasgresión de los derechos fundamentales cuya protección se invoca y que amerite la intervención del juez constitucional. Razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en esta sentencia.

²¹ Valga la pena anotar, que la doctrina constitucional, estudia la violación del derecho a la igualdad, desde la premisa contenida en el artículo 13 superior, que determina que dos o más situaciones fácticas comparables sean objeto de un mismo trato jurídico. Lo cual a criterio de la H. Corte Constitucional, no impide que exista un trato diferente entre situaciones fácticas similares, **pues la discriminación se constituye a partir de la diferenciación que no presenta una justificación objetiva y razonable** (Crf. Sentencia T-102-2014)

SEGUNDO: NOTIFICAR, personalmente o por cualquier medio efectivo a la actora, a los entes demandados y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVIAR** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala según acta No.131 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado Ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado