**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**
**SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete**

Sincelejo, seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Acción:** Tutela
**Accionante:** Dairo Antonio Torres García
**Accionado:** Comisión Nacional del Servicio Civil y Otros
**Radicado:** 70001-33-33-009-2019-00001-01
**Instancia:** Segunda

## OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se negó el amparo constitucional solicitado.

## 1. ANTECEDENTES.

### 1.1. La solicitud de tutela.-

El señor Dairo Antonio Torres García, presentó acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC[1]- la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA[2]-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos.

---

[1] En adelante CNSC.
[2] En adelante SENA.

En consecuencia de lo anterior, **pretende** que; **(i)** Se ordene dejar sin efectos la calificación publicada el día 23 de noviembre de 2018, referente a la prueba técnico pedagógica para el cargo de Instructor Convocatoria 436 del 2017 - SENA, con código OPEC 58718 y código de empleo 3010, y **(ii)** Se ordene realizar nuevamente la prueba técnico pedagógica OPEC 58718 y código de empleo 3010 y se entregue copia de los videos de realización de la mencionada prueba.

## 1.2. Fundamentos fácticos.-

Fueron señalados por el actor, en el escrito contentivo de la acción de tutela, los siguientes:

Se inscribió a un concurso de méritos para el cargo de Instructor en la Convocatoria 436 del 2017-SENA, con código OPEC 58718 y código de empleo 3010, cumpliendo con los requisitos mínimos para el cargo.

Que el día 6 de mayo de 2018, presentó la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, en las cuales obtuvo un puntaje de 84.10 para las competencias básicas y funcionales y 85.00 para la prueba comportamental, clasificando para presentar la prueba técnico pedagógica.

Fue citado a la realización de la prueba técnico pedagógico, el día 20 de octubre de 2018 a la 1:15 pm, fecha que fue modificada el día 16 de octubre de 2018, para presentar la prueba el día 21 de octubre de 2018.

La fecha fue modificada nuevamente vía telefónica, para el día 20 de octubre de 2018, ese día tampoco se realizó la mencionada prueba y las fechas fueron modificadas nuevamente hasta su realización final, el día 10 de noviembre de 2018.

Señala que el día 20 de octubre de 2018, algunos de los aspirantes al mismo cargo presentaron la prueba.

Asegura que se presentaron inconsistencias en la aplicación de la prueba, tales como la valoración del componente técnico, que debe según lo dicho, hacerse únicamente con base en los contenidos implicados y establecidos en la actividad de aprendizaje del formato plan de sesión y no en una rúbrica predefinida a un tema específico o habilidad.

Indica, que existen irregularidades en el formato, debido a que no aparecen específicamente la evaluación de la planeación y la ejecución. Igualmente, aparecen dos jueces y no se identifica el juez técnico y el juez pedagógico, y los jueces no tuvieron en cuenta que el componente pedagógico se evaluaría con un 60% y el técnico con 40%, para un total del 100%.

Afirma que existieron irregularidades en la forma como definieron los resultados, porque para la Universidad de Medellín, la prueba se calificaba de 1 a 5 y para la Comisión Nacional, de 1 a 10, además de la presencia de aprendices al momento de la presentación de la prueba.

## 1.3. Actuación procesal surtida en primera instancia.-

El Juzgado Noveno Administrativo admitió la tutela mediante auto del 14 de enero de 2019[3], ordenó notificar como demandados a la CNSC, a la Universidad de Medellín y al SENA.

Remitidas las comunicaciones del caso[4], se dieron las siguientes intervenciones:

### 1.3.1. El SENA[5].-

A través del Coordinador de Asuntos Laborales, rinde informe en el cual sostiene, que la entidad en la Convocatoria, solo actuó como participante, y por ello, se adhiere a lo que llegare a contestar la CNSC, órgano que realizó el concurso, en compañía con la Universidad de Medellín, quien tuvo a cargo la realización de la prueba técnico pedagógica, luego, son estas entidades las que guardan competencia con el objeto de la tutela.

Las demás partes accionadas guardaron silencio.

## 1.5. La sentencia impugnada.-

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 24 de enero de 2019, denegó la acción de tutela. Fundó la decisión argumentando, que del análisis del caso particular, no era posible afirmar la existencia de irregularidades derivadas de

[3] Fl. 42.
[4] Fls. 45-53
[5] Fl. 54-55

incongruencias en el formato donde se consignaron los resultados de la prueba técnico pedagógica; tampoco que la fecha de presentación de la prueba haya tenido incidencia en los resultados de la misma; o que relaciones de amistad o parentesco entre aspirantes y evaluadores afectaron la imparcialidad de estos últimos; ni que la prueba fue aplicada sin tener en cuenta la convocatoria y los instructivos.

## 1.6. La impugnación[6]

La parte accionante impugna la sentencia, aduciendo como argumentos, que la acción de tutela en este caso sí es procedente, atendiendo a los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la cual ha determinado que si bien esta acción no es la vía para controvertir actos administrativos, en este caso, por tratarse de concurso de méritos, sí es procedente amparar el derecho al debido proceso y a la igualdad de condiciones, los cuales se hubiesen probado con las rubricas diseñadas para evaluar la prueba Técnico-Pedagógica de la OPEC 58718, código de empleo 3010, y las copias las hojas de vida de los jurados que participaron en la ejecución y calificación de la prueba Técnico-Pedagógica.

Que en el presente asunto, la acción de tutela la utilizó de manera excepcional, habida consideración que dentro de las facetas de la calificación de la prueba, los calificadores de cada área especializada, incumplieron sus competencias al entrar a calificar asuntos sin estar facultados, lo que hace que los resultados sean espurios y por

[6] Fl. 73. C.Ppal.

consiguiente, el asunto se hace susceptible de amparo constitucional.

Al trámite de la segunda instancia, allega el accionante un escrito[7], con el cual manifiesta, presentar alegatos adicionales al escrito de impugnación, en el cual básicamente se reafirma en las pretensiones de del libelo primario y complementa argumentando, que las reclamaciones que impetró por las diferencias en las fechas de presentación de la prueba, no tuvieron vocación de prosperidad, porque a juicio de la CNSC, eso no afectaba el normal trámite del concurso, argumento éste, que es violatorio de la Ley 909 de 2004, pues son hechos relevantes que poseen el carácter de denuncia por contrariar los pliegos de condiciones establecidos en la convocatoria del concurso.

## 2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

### 2.1. 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.

### 2.2. Problema jurídico.-

De acuerdo con los antecedentes, deberá la Sala determinar, si en el caso *sub examine*, es procedente acudir a la acción de tutela para controvertir la actuación administrativa que dio lugar a la realización, aplicación y posterior calificación de la prueba técnico-pedagógica

[7] Recibido el 28 de febrero de 2019 (fls. 5-7 C. de impugnación).

realizada a instancias del concurso de méritos desarrollado por la CNSC mediante Convocatoria No. 436 de 2017- SENA-, superado el examen de procedencia, se deberá analizar, si en el caso bajo examen, se encuentra probada una acción u omisión por parte de los entes accionados, que vulnere los derechos reclamados por la parte actora.

Para resolver el anterior planteamiento, 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 sobre 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 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 irremediable[8].

El H. Consejo de Estado, ha dicho 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"*[9]

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria[10] 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

*[8] Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.*
*[9] 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*
*[10] Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.*

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 Constitucional[11], ha señalado que *"la tutela no remplaza 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 especifico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria*. "[12]

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

*[11] Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.*
*[12] CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.*

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 subsidiario y residual 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 inadmisible 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 la jurisprudencia, dicho perjuicio se estudia como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, el cual 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 irremediable[13]:

> *"**(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.[14]" (Negrillas 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.

---

[13] *Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA*
[14] *CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS*

## 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, éste 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, ya sea de contenido particular y concreto o de carácter general, impersonal y abstracto, pues para controvertir éstos, se tiene el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo anterior, bajo la premisa contenida en el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un

concurso de méritos[15].

En este caso, la jurisprudencia ha planteado al menos dos excepciones a la regla general antes señalada; **(i)** cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[16].

Teniendo en cuenta esto, cabe mencionar lo expuesto por la jurisprudencia 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*

[15] Al respecto se puede consultar la Sentencia T-572 de 2015. Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-315 de 1998, en la cual la Corte luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996; y T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

[16] Ahora, en lo relacionado con los actos administrativos de contenido particular, ha señalado la la H. Corte Constitucional; "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 instaura para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente. (Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.).

*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."*[17]

*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."*[17]

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 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***

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

***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 elegibles***[18]*.*"(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 ordinarios 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

[18] 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 impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales"*[19]*.* 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

[19] 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).

fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

Asi 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 amenazado[20]. 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[21]. De no hacerse así,

20 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."

21 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

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[22].

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 idóneos y eficaces para otorgar una protección integral.

## III. El caso concreto.-

En el *sub examine*, se duele la parte actora de que los entes accionados, vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a los cargos públicos, por presuntas irregularidades en la realización y aplicación de la prueba técnico pedagógica de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA-, en la cual aspiró para el cargo de Instructor.

Para sustentar sus afirmaciones, el actor allegó al plenario, las siguientes documentales:

- *Copia del escrito de reclamación-Resultados de la prueba Técnico-Pedagógica-Convocatoria No. 436 de 2017-SENA-, suscrito por el señor Dairo Antonio Torres García, de fecha 7 de diciembre de*

mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico."
22 Cfr. Sentencia T-1222 de 2001

*2018, y dirigido a instancias de la CNSC y Universidad de Medellín (fls. 9-17).*

- *Copia del escrito de respuesta a la reclamación 176399199, emanado de la CNSC, dirigido al señor Dairo Antonio Torres García, de fecha 20 de diciembre de 2018 (fls. 18-22).*

- *Copia del manual de especificaciones y requerimientos técnicos del proceso de selección para la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA-anexo 1- (fls. 23-26).*

- *Copia de citación a pruebas técnico-pedagógicas de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA- (fls. 27-28).*

- *Copia de las notificaciones de la modificación a la prueba técnico-pedagógica de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA- (fls. 31-37).*

- *Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Dairo Antonio Torres García (fl. 39).*

Teniendo en cuenta el anterior material documental, para la Sala la acción de tutela de marras es improcedente, pues con ella se pretende cuestionar asuntos relacionados con la realización, aplicación y calificación de la prueba técnico-pedagógica, practicada durante el desarrollo del concurso de méritos-Convocatoria 436 de 2017-SENA- , la cual da lugar a un acto administrativo (resultado de las pruebas), el cual según la doctrina constitucional, no es posible por regla general, ser controvertido por la vía de tutela, pues las discusiones respecto de concursos de mérito debidamente reglados y sus resultados, dan lugar a unas actuaciones administrativas en principio, no susceptibles de la resolución del juez de tutela, por no ser de la esencia de esta acción, el estudio de metodologías, valoración o revisión de los puntajes de los aspirantes.[23].

[23] Al respecto, sentencia T-090 de 2013.

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 en sede de tutela 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.

Asi las cosas, 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 conculcados[24]. 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 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 de valorar la forma, planeación y práctica de las pruebas al interior de un concurso de méritos, pues ello atiende a la agenda interna que determine la entidad reguladora del concurso, reglas que entre otras cosas son de conocimiento del participante al momento de inscribirse en la Convocatoria. En esta línea, la tutela no es el escenario natural para conocer la controversia plateada, pues ello implica un amplio debate probatorio, lo que desnaturaliza el trámite breve y sumario de esta acción constitucional, así pues, no se puede

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

utilizar este mecanismo, para cuestionar la validez de las preguntas formuladas, la idoneidad de los formularios de calificación o las posibles irregularidades en la aplicación de la prueba por relaciones de amistad o parentesco de jurados con participantes, sin perjuicio de que este aspecto deba ser debidamente demostrado, no solamente afirmarlo, aunado a ello, se desconoce tanto la identificación de los aspirantes y sus evaluadores como el vínculo de parentesco o amistad, que los llegare a relacionar, para efectos de verificar situaciones que afectaran la imparcialidad de los evaluadores y que pudieran viciar el proceso.

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, pues no basta con que se alegue la ocurrencia de un perjuicio, sino que se debe probar aunque sea sumariamente su causación, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones[25].

Ahora bien, 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.

[25] Se puede consultar al respecto. Sentencia T-481 de 2017.

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 o igualdad, pues no se advierte antojadiza ni caprichosa la decisión de la comisionada, ya que devino de la aplicación de las reglas del procedimiento y los términos que estas entidades manejan para la realización de las etapas del concurso. Le fueron resueltas sus reclamaciones; aunado a ello, no existe en plenario las pruebas de los resultados obtenidos por el actor en la de competencias básica, funcional y comportamental para el cargo de Instructor, que sumados al de la prueba técnico pedagógica, otorgarían el consolidado general, que permitiera verificar su puntaje frente a los demás aspirantes, pues no existe en el expediente información sobre el resto de calificaciones de los demás participantes. Así como tampoco se aportó el referido formato de calificación, para observar de él, la incongruencia y falta de validez alegada.

En cuanto a la presunta violación del derecho a la igualdad, bajo el argumento de que los demás aspirantes al cargo en que él se inscribió realizaron la prueba técnico pedagógica el día 20 de octubre, mientras que él - luego de varias citaciones en las que se cambió la fecha -, lo hizo el 10 de noviembre de 2018-, tampoco se observa, pues del escrito tutelar, no es posible verificar las fechas en que los demás aspirantes presentaron la prueba, como tampoco se avizora, que tal situación haya incidido en los resultados de la misma, de manera desfavorable para el accionante.

Itérase entonces, que la sola afirmación del accionante no constituye por sí misma prueba suficiente de la falta de idoneidad de la prueba técnico-pedagógica, pues la pretensión de dejarla sin validez, sin soporte allegado al plenario que dé cuenta de una irregularidad en la realización, aplicación y 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.

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 **revocará** la sentencia de primera instancia, y en consecuencia se declarara improcedente la presente acción de tutela.

## 3. DECISIÓN.

**En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 24 de enero de 2019,

por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó el amparo solicitado, en consecuencia, se **DECLARA IMPROCEDENTE** por las razones expuestas en este sentencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR**, personalmente o por cualquier medio efectivo a la parte 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.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Extraordinaria, conforme consta en el Acta No 26 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**Los Magistrados,**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**