



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 17/2017
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 01 DESPACHO 01

SIGCMA

Cartagena de Indias D.T. y C., siete (07) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2018-00323-00
Demandante	MARA CATALINA NAZZAR PATERNINA
Demandado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS/ CONCURSO DE MERITOS

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por MARA CATALINA NAZZAR PATERNINA, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la UNIVERSIDAD DE MEDELLIN, en la cual se invocaron como violados los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad.

I.- ANTECEDENTES

Peticiones

La actora invocó las siguientes (se transcribe):

"Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al señor juez disponer y ordenar a la parte accionada y a favor mío, lo siguiente. Tutelar mi derecho fundamental a un debido proceso, en consecuencia, ordenar que se me verifiquen le reclamación realizada en mi prueba de conocimiento básica y funcional, y se me permita acceder a la otra prueba como quiera que a la fecha no a (sic) salido lista de elegible alguna. Se suspenda todo acto administrativo del concurso.

Se notifiquen a todos los interesados, que son todos los inscritos a la convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, notificándoles por el medio más expedito posible"

Hechos

Como fundamentos fácticos expuso el actor en síntesis los siguientes:

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantó la convocatoria 433 del 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema de carrera administrativa del ICBF.

Que la Universidad de Medellín se encargó de desarrollar dicho concurso.

Que se inscribió para el cargo de Defensor de Familia grado 17, código 2125 con número OPEC 34243 para 12 vacantes en la ciudad de Cartagena.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 17/2017
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 01 DESPACHO 01

SIGCMA

Que el día 3 de septiembre de 2017 se presentaron las pruebas básicas y funcionales y no alcanzó, según los resultados publicados, a obtener el puntaje requerido para continuar con la segunda etapa del concurso.

Que el día 26 de noviembre de 2017 tuvo acceso a la prueba y notó inconsistencia, razón por la cual el día 27 del mismo mes, mediante correo institucional le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que habilitara la plataforma con el fin de realizar la respectiva reclamación ya que el plazo era hasta el día 28.

Que el día 28 de noviembre del 2017, adjuntó en el SIMO mediante PDF oficio donde solicitó "se impugnaran" (sic) las preguntas del examen básico y funcional con el fin de que se tomaran los correctivos y se le diera una mejor calificación y tener derecho a la carrera administrativa, ya que se le había dejado por fuera debido a que el puntaje obtenido no alcanzaba para continuar en dicha convocatoria.

Que el día 7 de diciembre la CNSC, contestó que no se recibió a través del SIMO la reclamación, por lo que entendían que había renunciado al derecho a completar la reclamación, no obstante, el 11 de diciembre de 2017 envió oficio a la CNSC con el fin de solicitar respuesta de fondo dado que si había reclamado, y el día 21 de diciembre de ese año, la CNSC dio respuesta manifestando que la solicitud fue remitida a la Universidad de Medellín que es la encargada de atender lo relacionado con las pruebas, acceso al material y respuesta a reclamaciones.

Que a la fecha la Universidad de Medellín no contestó ni subsanó lo pedido dejándolo por fuera de la convocatoria e impidiéndole la oportunidad de acceder a la carrera administrativa, violando el debido proceso, la igualdad y el derecho al trabajo.

Contestación

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

En memorial visto a folio 56 a 60, la CNSC, presentó su informe respecto a la presente acción de tutela. En él solicita que se declare la improcedencia de la acción, por el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela.

Además, respecto al caso concreto argumentó que, tal y como se verifica de la certificación adjunta en el anexo 4, expedida por la Oficina de Informática, la accionante, si bien es cierto dentro del término establecido para presentar el complemento de la reclamación de las pruebas básicas y funcionales aportó documento en PDF que se anexa a la presente, donde



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 17/2017
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 01 DESPACHO 01

SIGCMA

relaciona actas de posesión como defensora de familia, también lo es que no completó la referida reclamación, solo adjuntó ese documento, el cual no tiene relación con la etapa a la cual hacer referencia.

Agregó que la Universidad de Medellín dio respuesta a la reclamación presentada para la accionante en los términos del anexo No. 5

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

El ente universitario suplicó por la declaratoria de improcedencia "por no existir violación a ningún derecho fundamental"

Subrayó que las afirmaciones de la actora son temerarias pues contrario a lo afirmado, la Universidad de Medellín emitió las respuestas con base en los documentos aportados por la aspirante en el momento de sus reclamaciones y el resultado de su estudio obedece a la aplicación cabal de las normas que rigen la convocatoria.

Que no es cierto que la reclamación 103911559 que se señala en los hechos cuarto y quinto haya sido radicada en el SIMO con el respectivo anexo, pues como se expuso en la respuesta a esos hechos, la accionante radicó con su reclamación el anexo 103911551 del cual se amplió su contenido y se demostró que difiere totalmente del que anexa como prueba en el escrito de tutela.

Arguyó que no es incompleta la respuesta dada a la reclamación 103911559 radicada por la accionante, toda vez que, su solicitud no fue complementada y adicionalmente se trata de una etapa del proceso de selección de la que ya se encuentran los resultados en firme.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURIDICO

Pretende el accionante que a través de este medio de control se paralice la convocatoria 433 del 2016 y con ello, se dejen sin efecto todas las decisiones adoptadas dentro de la misma, a partir de la prueba básica y funcional, pues en su entender, se le debe reincorporar al proceso y permitírsele acceder a la segunda etapa del mismo, en razón a que no se le dio repuesta – según el libelo - a su reclamación respecto de la prueba básica y funcional.

Es decir, según el accionante, se debe dar por cierto que los resultados de la prueba básica y funcional fueron satisfactorios y se atemperaron al



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 17/2017
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 01 DESPACHO 01

SIGCMA

puntaje requerido para entender que cumplió el requisito para avanzar a la siguiente etapa del proceso y se le debe permitir que prosiga en la segunda etapa.

Evidentemente y dado que lo que en el fondo lo que se cuestiona son las ejecutorias dadas en el proceso de convocaría 433 del 2016, por incumplimiento de la norma reguladora del concurso (acuerdo 20161000001376 de la CNSC), se debe resolver en este caso, el siguiente problema jurídico:

¿Si procede en este caso la acción de amparo para cuestionar las decisiones adoptadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad de Medellín, respecto de la convocatoria 433 de 2016, que dieron lugar a la exclusión de la actora por no alcanzar el puntaje en la prueba de competencias básicas y funcionales?

2.2. TESIS

La Sala declarará la improcedencia de la acción de tutela, pues, de un lado la accionante cuenta otro medio de defensa alternativo y del otro, no acreditó la existencia del perjuicio irremediable que haga necesaria la declaratoria de amparo, atendiendo que no se invoca el mecanismo como transitorio.

2.3. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

2.3.1. El artículo 86 de la Constitución Nacional introdujo la acción de tutela para que toda persona pueda:

"...reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública."

De lo anterior se deduce que cuando una persona considere que se le han vulnerado sus derechos constitucionales, será a través de esta acción, perentoria y sumaria, ante la autoridad competente, que podrá reclamar la tutela de su derecho conculcado.

La acción de tutela fue concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, respecto de



las cuales el ordenamiento jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces para lograr la protección del derecho, es decir, tienen origen dentro del ordenamiento jurídico con el fin de dar respuesta oportuna a circunstancias en que, por la falta de previsiones normativas específicas, el afectado se ve expuesto a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales. De allí que, como lo señalan el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591, no sea procedente cuando exista un medio judicial para la defensa del derecho trasgredido o amenazado.

2.3.2. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

Como se advirtió en líneas anteriores, tiene su fuente el principio aludido en el artículo 6 numeral 1 del decreto 2591 de 1991, el cual a la letra reza:

"Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. 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 medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

(...)".

Basados en lo anterior ha de concluirse, sin ambages, que los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales han de ser resueltos en principio, a través de los medios de defensa o recursos ordinarios dispuestos para ello, **y solo cuando no existan, procederá la acción de amparo. Plantea igualmente el precepto la posibilidad de que prospere la acción no obstante existir medio alternativo de defensa, pero solo si con esta se busca evitar un perjuicio irremediable,** debiendo invocarse como mecanismo transitorio.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha explicado el alcance del principio de la siguiente manera¹:

"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio

¹ Sentencia T-480/11

irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo." (Negrillas y subrayas de la Sala).

2.3.3. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON CONCURSOS DE MÉRITOS.

La jurisprudencia reiterada de la Máxima Guardiana de la Constitución, en no pocas oportunidades ha precisado que la acción de amparo resulta improcedente para proteger derechos fundamentales vulnerados o amenazados por razón de la emisión de actos administrativos, pues el ordenamiento jurídico prevé la acción contencioso administrativa pertinente para ello, destacando la posibilidad de invocar medidas cautelares para obtener anticipadamente la suspensión provisoria del acto que se predica como vulneratorio.

También se ha dicho que dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción constitucional.

Ahora bien, en tratándose de actos administrativos que regulan concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos sub reglas que permiten que excepcionalmente ese carácter subsidiario de la acción de tutela se da y sea posible su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial. Esto procede (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.



Lo anterior se condensa en el siguiente extracto jurisprudencial², el que a propósito del tópico analizado, hace parte de un fallo que definió un asunto de idénticos contornos facticos al del sub lite:

"(....)

En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser imposterizable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado." (Negrillas y subrayas puestas por la Sala)

3.4. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA - PROBATORIA

3.4.1. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

La Sala debe considerar el hecho de que, en el asunto, de entrar a analizar el fondo, se sacrificaría el principio de **subsidiariedad** que le es ínsito y connatural a la acción de tutela, y con ello, tal y como lo explica la doctrina constitucional, se correría el peligro de vaciar las competencias de las demás autoridades judiciales y administrativas, además de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

En virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-, y sólo ante

² Sentencia T-090/13



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 17/2017
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 01 DESPACHO 01

SIGCMA

la ausencia de dichas vías, o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales.

Tal imperativo pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia (tal y como se subrayó en líneas precedentes), que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental.

En efecto, el aserto anterior encuentra cabida y justificación en el *sub lite*, en el hecho que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial alternativo, como lo es el contencioso subjetivo de anulación o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que además proporciona la posibilidad del decreto de medidas cautelares para precaver perjuicios y anticipar los efectos de la decisión final.

Basados en lo anterior, ha de concluirse sin ambages, que los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales han de ser resueltos en principio, a través de los medios de defensa o recursos ordinarios o extraordinarios dispuestos para ello, **y solo cuando no existan, o no resulten idóneos procederá la acción de amparo.**

Por demás, **ni se plantea en el sub lite la acción como mecanismo transitorio**, ni se ha probado la existencia actual del perjuicio irremediable que podría eventualmente abrir el umbral del medio de control constitucional, si es que acaso se determinara que el medio alternativo carece de eficacia.

En suma, es carga del accionante, cuando pretende la protección transitoria de derechos fundamentales (para el asunto se recuerda que no se ha invocado la presente acción como mecanismo transitorio, luego la precisión se hace en gracia de discusión), demostrar al menos sumariamente que el perjuicio irremediable que se pretende precaver³, reúna las condiciones **de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable**, sin embargo, en el *sub lite* se extraña la

³ T-243-2010



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 17/2017
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 01 DESPACHO 01

SIGCMA

prueba de aquellas calidades, razón por la cual, lo que impera debe ser la declaratoria de improcedencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III.- FALLA

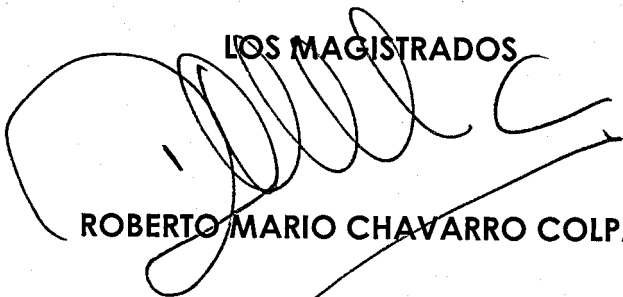
PRIMERO: RECHAZAR POR IMPROCEDENTE el amparo deprecado por MARA CATALINA NAZZAR PATERNINA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Si no es impugnada esta decisión, envíese inmediatamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

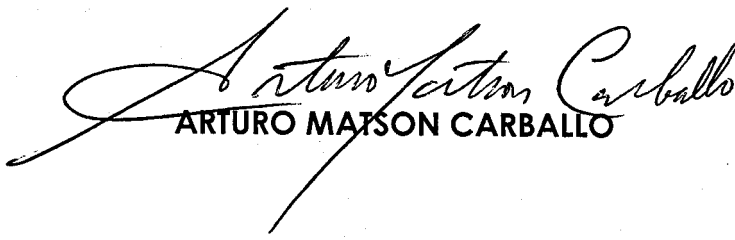
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ARTURO MATSON CARBALLO

