

Cartagena de Indias, D. T. y C., dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13001-33-33-009-2022-00370-01
Accionante	NELSON ENRIQUE RANGEL GARAVITO
Accionados	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- CONVOCATORIA FGN 2021- UNIVERSIDAD LIBRE
Vinculados	YULI ANDREA GONZALES MANA Y NÉSTOR EDUARDO CASADO CÁLIZ
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	DEBIDO PROCESO- CONFIRMA- IMPROCEDENTE

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ a resolver la impugnación presentada por la accionante, contra la sentencia de tutela de fecha dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró la improcedencia de la acción de la referencia, impetrada por el señor NELSON ENRIQUE RANGEL GARAVITO.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Hechos Relevantes:

Los hechos narrados por el accionante se pueden resumir así:

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTICULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

Manifiesta el accionante, que presentó recurso de reposición contra los resultados de la prueba escrita realizada en el marco del concurso de méritos de la convocatoria en la Fiscalía General de la Nación, aplicando al cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS con numero de inscripción I-103-10(40)-199169 por intermedio de la UT CONVOCATORIA FGN 2021, en el cual obtuvo un puntaje de 55.14, para su aprobación necesitaba un porcentaje de 60

Indica que el 11 de septiembre fue citado en el lugar de presentación de la prueba para la exhibición del resultado, en donde se le dio traslado del examen, la hoja de respuesta desarrollada por él y la hoja de respuestas correctas de la UT CONVOCATORIA FGN 2021

El resultado de la exhibición fue el siguiente

RECLAMACIÓN EXAMEN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN					
COMPETENCIAS GENERALES		COMPETENCIA FUNCIONAL ESPECIFICA			
Nº DE PREGUNTA	RESPUESTAS	Nº DE PREGUNTA	RESPUESTAS	Nº DE PREGUNTA	RESPUESTAS
1	BUENA	21	BUENA	46	BUENA
2	BUENA	22	BUENA	47	MALA
3	BUENA	23	MALA	48	IMPUTADA
4	BUENA	24	BUENA	49	BUENA
5	BUENA	25	BUENA	50	BUENA
6	MALA	26	MALA	51	BUENA
7	IMPUTADA	27	BUENA	52	MALA
8	MALA	28	BUENA	53	BUENA
9	MALA	29	MALA	54	MALA
10	MALA	30	BUENA	55	BUENA
11	MALA	31	BUENA	56	MALA
12	BUENA	32	MALA	57	BUENA
13	MALA	33	MALA	58	MALA
14	BUENA	34	BUENA	59	MALA
15	MALA	35	MALA	60	MALA
16	MALA	36	BUENA	61	BUENA
17	BUENA	37	BUENA	62	MALA
18	MALA	38	BUENA	63	MALA
19	BUENA	39	MALA	64	MALA
20	BUENA	40	BUENA	65	BUENA
BUENAS	11	41	BUENA	66	BUENA
MALAS	9	42	BUENA	67	BUENA
		43	BUENA	68	IMPUTADA
		44	BUENA	69	BUENA
		45	BUENA	70	BUENA
		BUENAS	18	BUENAS	15
		MALAS	7	MALAS	10
TOTAL BUENAS		11	18	15	
TOTAL MALAS		9	7	10	
TOTAL BUENAS		44			
TOTAL MALAS		26			

Señala que, de acuerdo con lo establecido por la UT CONVOCATORIA FGN 2021 en respuesta de fecha 21 de octubre de 2022, respecto al recurso

presentado por él, que las preguntas IMPUTADA se tienen como válidas para el concursante; que el acuerdo número 001 del 2021 (16 de julio de 2021), en su artículo 22 y 26 dispone que las pruebas eliminatorias son las denominadas COMPETENCIA GENERALES que equivalen a 20 preguntas y las COMPETENCIA FUNCIONAL ESPECIFICA que equivalen a 50 preguntas, para un total de 70 preguntas, lo que significa que las preguntas eliminatorias son 70 y sobre ese número de preguntas es que se debe calificar la eliminación o no del concursante.

CAPÍTULO V

PRUEBAS A APLICAR EN EL CONCURSO, CARÁCTER Y PONDERACIÓN

ARTÍCULO 22. PRUEBAS Y PONDERACIÓN. En este concurso de méritos se va a aplicar una **Prueba Escrita** que evaluará Competencias Generales, Funcionales y Comportamentales, y una prueba de Valoración de Antecedentes, estructuradas de la siguiente manera:

PRUEBAS /COMPETENCIAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MÍNIMO APROBATORIO
Generales y Funcionales	Eliminatorio	60%	60,00 / 100
Comportamentales	Clasificatorio	20%	N / A
Valoración de Antecedentes	Clasificatorio	20%	N / A
TOTAL		100%	

ARTÍCULO 26. PUBLICACIÓN DE RESULTADOS DE LAS PRUEBAS ESCRITAS. El resultado preliminar de las pruebas de carácter eliminatorio (componente General y Funcional) se publicará a través del aplicativo SIDCA a todos los aspirantes que las presenten, y solo para aquellos aspirantes que hayan alcanzado el puntaje mínimo aprobatorio (60,00 puntos) en esta prueba, les serán publicados los resultados preliminares de las pruebas de carácter clasificatorio (competencias comportamentales).

Para consultar los resultados, cada aspirante debe ingresar a SIDCA, con su usuario y contraseña, creados en el registro previo a inscripción.

PARÁGRAFO. El componente eliminatorio de la prueba escrita, esto es de competencias Generales y Funcionales, así como el componente clasificatorio, competencias Comportamentales, se calificarán numéricamente en escala de cero (0) a cien (100) puntos, con una parte entera y dos (2) decimales truncados y su resultado será ponderado por el sesenta por ciento (60%) y veinte por ciento (20 %) respectivamente asignado a cada prueba, según lo establecido en el artículo 22 de este Acuerdo.

Por lo anterior, el demandante manifiesta que, al revisar el material de la prueba escrita el día 11 de septiembre de 2022, pudo constatar que de las 70 preguntas ELIMINATORIA, esto es las de COMPETENCIA GENERALES y las de COMPETENCIA FUNCIONAL ESPECÍFICA, obtuvo un resultado de 44 preguntas buenas y 26 preguntas malas, lo que significa que tiene aprobado el 75 % del examen, teniendo en cuenta las siguientes situaciones se tiene

un total de 44 preguntas buenas y 26 preguntas malas, por lo que se deberían computar las 44 preguntas buenas por el 100%, entre el número de preguntas base a calificar, las cuales son 70, por lo tanto, daría un valor superior a 60 puntos.

Finalmente, Indica que la UT CONVOCATORIA FGN 2021, al responderle el día 21 de octubre de 2022, sobre el recurso por él presentado ratificó el puntaje obtenido inicialmente de 55.14, presentando una argumentación que a su consideración no está establecida en el acuerdo número 001 del 2021 (16 de julio de 2021), a su vez le informó que contra esa decisión no procede ningún recurso.

Frente a lo expuesto, el actor afirma que la UT CONVOCATORIA FGN 2021 viola sus derechos fundamentales invocados, siendo juez y parte, toda vez que no existe recurso ante autoridad superior y no les asiste cambiar el porcentaje de aprobación en razón del principio de razonabilidad.

1.2. Pretensiones:

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- 1. Que Se tutele los derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, defensa, contradicción, transparencia, igualdad, imparcialidad y objetividad propios de toda convocatoria, en consecuencia, se ordene a la UT CONVOCATORIA FNG 2021 que:
Ordene a la UT CONVOCATORIA FNG 2021 que, en el término de 48 horas, califique nuevamente el examen para el cargo con número de inscripción I-103-10(40)-199169, FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS, a nombre de NELSON ENRIQUE RANGEL GARAVITO, utilizando una operación matemática donde se aplique la regla de tres, esto es el número de preguntas aceptadas o buenas (44 preguntas), por el 100%, entre el número de preguntas a calificar (70 preguntas), lo que en mi caso debe dar como resultado $(= (44 * 100) / 70$ resultado 62,85).*

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, fue presentada y repartida al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena para conocer de la presente acción, y mediante providencia de fecha dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2022), procedió a admitir la solicitud de amparo, notificar a la accionada y ordenar a estas para que en el término de dos (02) días, contado a partir de la respectiva notificación, rindiera informe sobre los hechos y pretensiones alegados dentro del escrito de tutela y ejerciera su derecho a la defensa, conforme a lo estipulado en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. De la contestación de la tutela.

- UT CONVOCATORIA GNG 2021

Mediante escrito allegado al juzgado, la entidad accionada aclara que, la UT Convocatoria FGN 2021, está conformada por la Universidad Libre y Talento Humano y Gestión S.A.S.; esta, suscribió el Contrato de Consultoría FGN-NC-0037-2021 con la Fiscalía General de la Nación, el cual tiene por objeto: *"Diseñar y desarrollar las etapas del Concurso para la provisión de empleos por mérito, en la modalidad de ascenso e ingreso, para la provisión de unos empleos vacantes de la planta global de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Administrativa"*.

Manifiesta que no ha existido vulneración alguna frente a los derechos del tutelante, debido a que se dio respuesta el 21 de octubre de 2022 al recurso interpuesto por el accionante, argumentos reiterados en la contestación de la siguiente manera

El concurso de méritos se realizó fiel a la Constitución y los principios dispuestos en el Decreto Ley 020 de 2014, por lo que frente al caso del tutelante, afirma la entidad demandada que se constató que *"el aspirante obtuvo un total de 41 aciertos, más 3 preguntas que fueron imputadas, es decir que, independientemente de la respuesta seleccionada por el aspirante, este ítem fue contado como acierto para todo el grupo de referencia, esto es, por Codificación de OPEC, toda vez que no permitieron o no aportaron a una evaluación objetiva de la competencia laboral que*

se pretendía medir. En este orden, el accionante, obtuvo en total 44 respuestas correctas Funcional – General

Señala sobre el método de calificación es bien conocido previamente por todos los aspirantes, debido a que se encuentra consignado en el número 1.5 CALIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS ESCRITAS de la guía de orientación al aspirante en donde se e informó que la calificación de las pruebas Generales, Funcionales y Comportamentales se realizaría por cada empleo, de acuerdo con la Codificación de OPECE

Concluye la entidad demandada afirmando que la evaluación se efectuó de manera objetiva y en igualdad de condiciones para todos los aspirantes, sin que se hubieren presentado irregularidades o vulneración de derechos, en consecuencia, solicita la improcedencia del amparo, so pena de vulnerar el derecho de legalidad, igualdad y debido proceso de los demás aspirantes.

3. Sentencia impugnada

A través de sentencia de fecha dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, se declaró improcedente la acción; señalando el A quo, que de conformidad con la sentencia T-1008 de 2012, la acción de tutela procede de manera excepcional, por tanto, en el caso concreto no se supera el juicio de subsidiariedad, toda vez que el accionante dispone de otro medio idóneo y eficaz para la resolución de su situación jurídica, teniendo en cuenta que el juez de primera instancia no avizora transgresión de derechos fundamentales, debido a que se enfoca el tutelante a cuestionar el método de calificación utilizado; el cual fue anunciado previamente tanto en el Acuerdo de la convocatoria como en la Guía de Orientación al Aspirante para la aplicación de las pruebas escritas.

Adicionalmente, afirma que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable, una situación de gravedad, urgencia o impostergable, que habilite al juez constitucional para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Dado el carácter residual de este mecanismo constitucional, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico

Finalmente, frente al derecho defensa y contradicción resalta, que el actor ejerció su derecho a la reclamación y este le fue resuelto por la entidad accionada, pronunciándose de forma integral y detallada.

4. Impugnación

La parte actora impugnó la decisión de primera instancia; manifestando que el a quo sustenta su decisión en afirmaciones que no fueron demostradas por la entidad demandada y se tienen como ciertas.

Al respecto, afirma que el sistema de calificación que la UT CONVOCATORIA FGN 2021 utilizó para la calificación del examen en comento no se encuentra tipificada en el Acuerdo número 001 del 2021 (16 de julio de 2021), es juez y parte en la convocatoria, y él no dispone de otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos.

Aunado a lo anterior, señala que el juez a pesar de declarar la improcedencia de la acción, enuncia en la sentencia que no existe vulneración de derechos fundamentales, dos cosas que considera el tutelante como *"2 connotaciones totalmente diferentes"*

En ese sentido, el accionante solicita se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar se declare la vulneración de los derechos fundamentales invocados, así mismo, se acceda a las pretensiones propuestas.

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción, en segunda instancia.

2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el objeto de la impugnación manifestado por la parte actora, en el sub examine, La Corporación debe resolver:

¿Es procedente la presente acción de tutela?

Si la respuesta es negativa, se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario, se revocará y se deberá establecer:

¿Existe vulneración del derecho fundamental del debido proceso, acceso al empleo público, legalidad, defensa, contradicción, transparencia, igualdad, imparcialidad y objetividad propias de toda convocatoria por que a juicio del actor el método de calificación no se encuentra tipificado en el Acuerdo número 001 del 2021?

3. Tesis

La sala de decisión confirmará el fallo impugnado, al considerar que, en el sub examine, la acción es improcedente, en cuanto no satisface el requisito de subsidiariedad; teniendo en cuenta que en el concurso que dio lugar a la presente acción, ya se expidió la lista de elegibles; por lo que el actor dispone de otro medio judicial, como es el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, no demostrando la falta de idoneidad de dicho medio, como tampoco la configuración de un perjuicio irremediable que haga excepcionalmente procedente la acción.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial.

4.1. La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

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

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

“De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención”².

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

La inmediatez:

² Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

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

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

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo, es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.2. La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

4.2.1. Activa.

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir, es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

En el sub judice, existe legitimación por activa; por ser el actor titular de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

4.2.2. Pasiva.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas fuera de texto)

La entidad accionada, en principio tiene competencia para garantizar los derechos fundamentales deprecados. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

5.- De la Subsidiariedad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente si existe otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico en cuestión, o que, existiendo esto, se halla presente el riesgo de que se materialice un perjuicio irremediable respecto de los derechos invocados.

En ese sentido, de la norma se derivan dos posibles situaciones jurídicas para la protección de derechos invocados;

- (I) El amparo procede de forma definitiva, cuando no existen medios judiciales de protección que tengan el carácter de idóneos y eficaces para resolver el asunto en consideración
- (II) El amparo procede de forma transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En el presente caso, la

decisión tendrá vigor hasta que se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Atendiendo los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, se reafirma lo plasmado en la Carta Fundamental, como lo deja entrever este fragmento:

*“Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual **no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.***

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 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**”.*³ (Subrayas fuera del texto original)

En ese sentido, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

³ Corte Constitucional. Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.

En la misma línea, la Corte Constitucional define la “idoneidad” del mecanismo judicial como aquel que es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por otro lado, en lo que respecta a la “eficacia” de los mismos, hace referencia a la capacidad de brindar protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.⁴

Así las cosas, es deber del juez de tutela analizar las condiciones particulares de cada caso para corroborar si dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que considera vulnerados de manera oportuna e integral.

Por otro lado, es decantado por la jurisprudencia, que el perjuicio irremediable debe ser esencialmente (I) *Inminente*, que el daño este por ocurrir, (II) *grave*, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran magnitud; (III) *urgente*, toda vez que las medidas para mitigar o conjurar la violación del derecho se requieran con suma rapidez; e *impostergable*, debido a que se busca el restablecimiento de manera inmediata⁵

En virtud de lo anterior, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos, o exista un perjuicio irremediable, es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

6.- Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos

De acuerdo a lo expuesto en acápites precedentes, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una alternativa subsidiaria que se habilita en condiciones específicas ya explicadas.

En lo que respecta a los menoscabos derivados del trámite de los concursos de mérito, es imprescindible para el juez de tutela determinar la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, a fin de

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-211 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵ Sentencia T-081-2022 M.P. Alejandro Linares Cantillo

establecer si existe o no un mecanismo idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. En ese orden, será necesario determinar en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para saber si existen actos administrativos de carácter particular o general que puedan ser objeto de verificación por el Juez Contencioso a través de los medios de control nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, según sea el caso.

En ese sentido, la Corte Constitucional⁶ ha dispuesto que, por regla general, **la acción de tutela no es un mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**. Dicha situación cobra mayor relevancia cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles. El anterior criterio, ha sido reiterado; entre otras en la sentencia T-081 -2022 proferida por dicho Tribunal Constitucional.

De lo anterior, se concluye que es la Jurisdicción Contenciosa la adecuada para analizar la legalidad de los actos administrativos dictados en medio de los concursos de mérito, y en esa línea controlar cualquier irregularidad ocurrida durante su trámite; materializando la protección de derechos de forma igual o incluso superior a la acción de tutela, teniendo en cuenta que se dispone de la herramienta de solicitud de medida cautelar. Por esta razón es menester que el juez de tutela establezca si al momento de decidir la acción de tutela ha sido publicada la lista de elegibles.

Sin perjuicio de la anterior, la Corte Constitucional en la misma providencia citada, reitera la fijación de algunas subreglas para orientar en qué casos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficaz.

"la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley ; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles ; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional ; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del

⁶ Sentencia T-227 de 2019 , Sentencia T-425 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido

accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario"

A manera de conclusión, la acción de tutela no es generalmente el mecanismo dispuesto para resolver controversias que derivan del trámite de los concursos de méritos, sin embargo, el juez constitucional deberá analizar si atendiendo a las circunstancias del caso concreto, los medios de control son eficaces para responder al problema jurídico planteado, con base en las subreglas citadas.

7.- CASO CONCRETO

7.1. Hechos probados.

- Obra en el expediente copia recurso de fecha 13 de septiembre del 2022; interpuesto por el señor NELSON ENRIQUE RANGEL GARAVITO ante la entidad demanda (visible en folios archivo 02Pruebas- carpeta primera instancia del expediente digital)
- Obra en el expediente respuesta de fecha 21 de octubre de 2022, identificada con radicado N° 202208007205 -20220912004 (visible archivo 03Pruebas – carpeta primera instancia del expediente digital)
- Obra en el expediente Listado de preguntas buenas y malas del examen desarrollado por el señor NELSON ENRIQUE RANGEL GARAVITO (visible archivo 04Pruebas – carpeta primera instancia del expediente digital)

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

En el sub judice, el accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, defensa, contradicción, transparencia, igualdad, pues señala que la entidad accionada los ha vulnerado porque el método de calificación utilizado no está establecido dentro de la convocatoria, por lo tanto, es ilegal. Además, señala que contra la decisión que resuelve el recurso no cabe ningún otro recurso, la entidad demandada está siendo juez y parte, por lo tanto, no dispone de otro medio judicial para hacer valer sus derechos

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, declaró improcedente la acción, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad, como se indicó en el acápite de antecedentes de la presente providencia.

A su turno, el actor impugnó el fallo, ya que manifiesta que el juez a pesar de declarar la improcedencia de la acción, enuncia en la sentencia que no existe vulneración de derechos fundamentales, dos cosas que considera el tutelante como “2 connotaciones totalmente diferentes”

En este contexto procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación.

En primer lugar, en cuanto a la procedencia de la presente acción; advierte la Sala, que como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial, el mecanismo bajo estudio se caracteriza por ser subsidiario y excepcional, esto es, que solo procede cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial; o de existir este no sea el idóneo, o se busca evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-081 de 2022 reitera que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una alternativa subsidiaria que se habilita en condiciones específicas. En dicha providencia hace especial énfasis a las afectaciones derivadas de los trámites de los concursos de mérito, para las cuales se aplica la regla general mencionada, por tanto, estima imprescindible el deber del juez de tutela para determinar la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió el derecho, por lo que igualmente será necesario establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección.

En este orden, en el sub judice, la controversia deriva de una inconformidad respecto a la legalidad del método de calificación en la prueba escrita dentro del concurso de méritos de la convocatoria para la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, se advierte que en sesión del 12 de diciembre de 2022, la Comisión de la carrera Especial de la Fiscalía General de la

Nación aprobó y adoptó **las listas de elegibles** resultantes del **Concurso de Méritos FGN 2021**⁷.

Así las cosas, la existencia de lista de elegibles torna improcedente la acción, pues como se indicó in extenso en el marco normativo y jurisprudencial, en ese evento el medio judicial procedente, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA; dentro del cual, se puede solicitar el decreto de una medida cautelar. En ese sentido, no estando demostrada la falta de idoneidad del medio en comento, como tampoco la existencia de un perjuicio irremediable; se itera, la acción de tutela se torna improcedente al no cumplir el requisito de la subsidiariedad.

Por las anteriores consideraciones; considera esta Corporación que resulta procedente confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la Republica y por la autoridad de la ley,

V.- FALLA

RIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró improcedente la acción; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

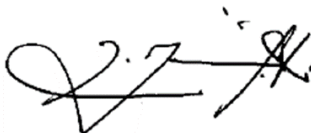
SEGUNDO: NOTIFIQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito y **COMUNIQUESE** al juzgado de origen.

TERCERO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

⁷ Vía web <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/aviso-informativo-concurso-de-meritos-fgn-2021-3/>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

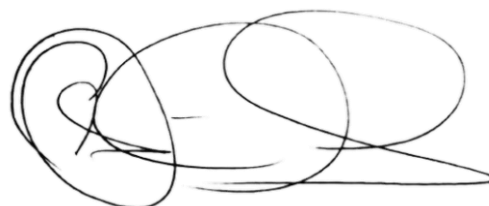
LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA