



Cartagena de Indias D.T. y C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO y DE LAS PARTES.

Medio de control	Acción de tutela. – impugnación -
Radicado	13001-33-33-006-2021-00219-01
Accionante	Fabrizio Isaías Tinoco Díaz
Accionado	Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Fundación Universitaria Área Andina
Magistrado Ponente	Marcela de Jesús López Álvarez
Asunto	debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión n° 01 a dictar sentencia de segunda instancia, en el marco de la acción de tutela impetrada por el **señor Fabrizio Isaías Tinoco Díaz** contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, Fundación Universitaria Área Andina**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos.

III.- ANTECEDENTES

PRETENSIONES.

Solicita el accionante que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso, al derecho a la igualdad, al derecho al acceso de cargos públicos, al derecho de defensa y contradicción y que, como consecuencia de ello, se declare que el accionante cumplió con los requisitos de **“colgar en la plataforma SIMO, estudios de Educación Informal no Valorados ni puntuados”**.

HECHOS.

Manifiesta el accionante que la CNSC, abrió convocatoria pública abrió concurso de méritos, para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema de carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Gobernación de Sucre, territorial 2019 GOBERNACION DE SUCRE.

Manifiesta que se presentó en la convocatoria para la OPEC 77891 que ofreció una vacante, clasificando en las pruebas básicas y funcionales con 68.90 puntos, y en las comportamentales 68.18 puntos por lo que continuo en el concurso pasando a la siguiente prueba de valoración de antecedentes.



Resalta que la Fundación AREANDINA y la CNSC, dentro de sus análisis decidieron no darle valoración en la prueba de antecedentes al ítem, educación informal dos (2) seminarios, titulados “aplicaciones prácticas de la metrología industrial” y “primer seminario de metrología energética”, lo cual de acuerdo al accionante tuvo como resultado el segundo puesto en la OPEC mencionada, “no válido, la certificación de educación informal, no se valida debido a que no tiene relación con las funciones del empleo a proveer, incumpliendo lo establecido en el numeral 3 del artículo 36 del acuerdo de la presente convocatoria”, considerando el accionante frente a dicho punto que son razones infundadas y descontextualizaron así su verdadera relación con la OPEC 77891, ya que de haber tenido en cuenta las certificaciones, su resultado presuntamente hubiera sido mejor, otorgándole el primer puesto de la convocatoria.

Manifiesta que superadas las pruebas de conocimiento y continuando en el concurso, el accionante luego de la valoración de su hoja de vida en la prueba de antecedentes, en educación informal AREAANDINA le calificó con 0 puntos, ya que no fueron valorados los seminarios de **APLICACIONES PRACTICAS DE LA METROLOGÍA INDUSTRIAL Y PRIMER SEMINARIO DE METROLOGÍA ENERGÉTICA**”.

TRÁMITE PROCESAL.

Mediante auto interlocutorio No.313 de fecha 23 de septiembre de 2021 el juzgado Sexto Administrativo del circuito de Cartagena admitió la presente acción de tutela, en la cual ordenó notificarles a las entidades accionadas de la presente acción.

El día 6 de octubre de 2021 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena profirió sentencia, providencia que fue notificada a las partes el ocho de octubre de 2021, providencia que fue impugnada por el accionante mediante escrito del 12 de octubre de la presente anualidad, estando dentro del término de 3 días dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 para las impugnaciones.

CONTESTACIÓN.

La **Comisión Nacional de Servicio Civil** sugirió en el escrito de contestación de la presente acción de tutela que el accionante cuenta con otros mecanismos para hacer valer sus derechos fundamentales deprecados como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.



Acompasado con lo anterior, asevero que los certificados aportados por el accionante en el trámite del concurso de méritos carecían de los requisitos necesarios para otorgar puntaje en el concurso por lo cual su evaluación fue de 0.0.

Por su parte, la **Fundación Universitaria del Área Andina**, considera que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de procedencia sobre la subsidiariedad por lo cual considera necesario desestimar la presente solicitud de amparo constitucional.

Por otro lado, también sugirió que los certificados aportados no cumplían con el lleno de los requisitos del acuerdo para ser tenidos en cuenta y evaluados en el ítem de educación informal

Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Sexto Administrativo consideró que en el presente asunto, la acción de tutela era improcedente para ordenar la modificación del puntaje asignado al concursante y , en consecuencia, la recomposición de la lista de elegibles creada por la CNSC, para la provisión de empleos dentro de la OPEC 77891, debido al carácter subsidiario del presente mecanismo, contando el accionante con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar el amparo que se pretende actualmente.

Por lo anterior, profirió sentencia en los siguientes términos:

Primero. *NEGAR por improcedente la solicitud de tutela incoada por el señor Fabrizio Isaias Tinoco Díaz, en nombre propio, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria Área Andina, por las razones expuestas.*

Segundo. *Se indica a las partes y demás sujetos procesales que, atendiendo a la declaratoria del estado de emergencia en Colombia y de conformidad con el Decreto 806 de 2020, se garantiza la continuidad de este trámite a través de los canales virtuales habilitados por la Rama Judicial, y cualquier correspondencia dirigida al proceso de la referencia deberá ser enviada, preferiblemente en PDF, y únicamente al correo electrónico institucional de este juzgado: admin06cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co.*

Tercero. *Por Secretaría, notifíquese este fallo por el medio más expedito 10, y de ser impugnado repórtese inmediatamente al Despacho. De no ser impugnado, remítase las actuaciones a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del día siguiente al vencimiento del plazo para dicha impugnación. De igual modo, verifíquese que todas las actuaciones surtidas estén radicadas en*



Tyba, desde su inicio hasta su definitivo archivo al que deberá procederse en su oportunidad legal.

La impugnación.

El accionante **Fabrizio Isaias Tinoco Díaz**, presenta escrito de impugnación para segunda instancia, solicitando se revoque en su integralidad el fallo proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, argumentando lo siguiente:

El accionante argumenta en primera instancia en el escrito de impugnación que efectivamente se encuentra ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable que fundamente la protección de sus derechos fundamentales por la vía de tutela.

Añade al anterior argumento, que someterlo a la vía ordinaria, a través del mecanismo de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con los conocidos tiempos de congestión de la justicia, frente a los tiempos del concurso haría nugatoria la protección de derechos fundamentales al acceso a cargo público.

Manifiesta el accionante que los certificados aportados que no fueron valorados ni puntuados se relacionan claramente con las funciones del empleo. Al respecto menciona el accionante que las accionadas en ningún momento justifican en su análisis porque los certificados aportados no tienen relación con el empleo al que aspira el accionante. Sobre lo anterior señala lo siguiente:

"Por lo anterior LA NEGACIÓN ABSTRACTA E INDEFINIDA que realizan las accionadas no puede ser tenida como base del fallo de tutela, tal y como se tuvo, por carecer dicha negación de los requisitos mínimos de carácter argumentativo y probatorio. Es claro, que los dos cursos, "Aplicaciones prácticas de la Metrología Industrial" y "Primer Seminario de Metrología Energética", se relacionan con las funciones del empleo objeto de la OPEC 77891, pues, el cargo de TECNICO OPERATIVO al que aspiro, en mi calidad de Ingeniero Industrial es en el área de Proceso Obras de Infraestructura y Servicios Básicos en el Municipio de Sincelejo, cuyo objetivos se encuentran circunscritos al sector de la ingeniería y otras áreas".

Por último, considera que los certificados que no fueron valorados ni puntuados, le otorgarían el primer puesto en el concurso, por lo cual negarle esa posibilidad sería violentar sus derechos fundamentales al debido proceso, al mérito, a la participación en el ejercicio de cargos y funciones públicas, al empleo, al mínimo vital, demás. Para lo cual, señala lo siguiente:



En efecto, si hubiesen tenido en cuenta las certificaciones aportadas, ocuparía el primer puesto, pues los puntos que otorgan los estudios realizados subirían la puntuación actual de 61.986 a 62.387.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 132 de la ley 1564 de 2012, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde en el presente caso determinar en primera instancia, si la presente acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción.

De ser procedente el estudio de fondo del amparo, corresponderá determinar si en el presente asunto efectivamente se vulneran los derechos fundamentales del accionante al acceso a cargos públicos y al trabajo producto de la negativa de las accionadas a estudiar los certificados aportados por el accionante que presuntamente acreditan estudios informales.

TESIS.

La Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar considera procedente confirmar el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, al constatar que la presente acción de tutela no cumple con el respectivo requisito de subsidiariedad ni se vislumbra el acaecimiento de un perjuicio irremediable para el accionante, teniendo la posibilidad de acudir al mecanismo ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho y allí solicitar las medidas cautelares pertinentes y que el Juez respectivo decida sobre la legalidad de la actuación adelantada por las aquí accionadas.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De La Tutela.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9

Carácter residual y subsidiario:

Frente al carácter subsidiario de la acción de tutela como requisito indispensable para la procedencia de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en que solo será procedente la mentada acción cuando se logre constatar que no existe otro medio de defensa judicial; que es posible que exista otro mecanismo pero este no tenga la eficacia deseada para la protección de los derechos fundamentales, o cuando se plantea como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable¹.

Este criterio fue esbozado por el artículo 6 numeral 1 del decreto 2591² encargado de regular las causales de procedencia de la acción de tutela, específicamente cuando dice *“La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*, lo que indica que será labor del juez constitucional verificar si en dicho caso específico, no existía otro medio más eficaz para el amparo deprecado por el accionante.

Bajo esa lógica y según sentencia T-003 de 1992 para que el otro medio de defensa sea idóneo para la protección de derechos fundamentales este debe ser *“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”*. En esa medida, si el otro medio de defensa judicial no cuenta con esas características, es posible que la acción de tutela desplace al otro medio ordinario.

Del derecho al debido proceso y a la igualdad frente a concursos de mérito.

Los concursos de mérito se entienden como un mecanismo idóneo de participación democrática, donde el Estado le permite al ciudadano intervenir en la selección realizada para proveer a los cargos públicos de aquellas personas que puedan desempeñar los cargos públicos ofertados en la mejor forma posible, esto bajo los criterios de honestidad e imparcialidad libre, libre de toda influencia que pueda viciar el proceso de selección, esto para garantizar que la persona más apta para el cargo ocupe el empleo.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-464 del 8 de octubre 2019, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo

² Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política



De esa forma, se puede afirmar que las convocatorias basadas en el mérito, se preceden por un procedimiento vinculante para las partes involucradas, en aras de asegurar el debido proceso administrativo, la buena fe, la confianza legítima, la igualdad y el acceso a los cargos públicos de los participantes que superen las pruebas.

Al respecto, la honorable Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011, manifestó lo siguiente:

La convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada"

Del criterio jurisprudencial citado anteriormente se puede extraer las siguientes conclusiones: 1) las convocatorias de los concursos de mérito son la norma que guía todo el proceso y una transgresión a ello sería traicionar la confianza legítima y la buena fe de los participantes, 2) como cualquier norma procedimental, vincula a la administración y la obliga a la administración a respetarlas para proveer los cargos.

Por otra parte, el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, conlleva entre sus características, el respeto a las formas previamente establecidas por el legislador por parte de todas las autoridades administrativas y judiciales.

Describe la Corte el derecho al debido proceso como un conjunto de etapas que son establecidas por la ley con el fin de que las autoridades administrativas las cumplan y, a su vez, tienen como objetivo, brindar a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones.³

Derecho de acceso al cargo público.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-502 del 17 de junio de 2010. Mp: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



El artículo 40 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen los ciudadanos, a participar en la vida pública del Estado colombiano, el artículo dice expresamente lo siguiente:

“Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

- 1. Elegir y ser elegido.*
- 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
- 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*
- 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*
- 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*
- 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

Frente al numeral 7 del citado artículo, es válido decir que le aplican las reglas mencionadas en el acápite anterior, pero en el presente capítulo nos dedicaremos específicamente al derecho que tienen los ciudadanos de acceder a los cargos públicos.

En consideración a lo anterior, ya para el año de 1992⁴, la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional indicaba que el derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa”.

En esa misma sentencia, se dejó claro que, de presentarse una violación en casos concretos, la acción de tutela sería procedente para la protección del citado derecho, siendo un medio idóneo, expedito y eficaz.

En tiempos más recientes en sentencia SU- 339 de 2011 se resumirían los criterios que puede abarcar dicha protección, siendo los siguientes:

“Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-003 de 1992



con los requisitos para acceder a un cargo , (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos , (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos , (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público".

una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente".

Para concluir, la sentencia SU 913- de 2009 reafirma esa postura cuando dice lo siguiente:

"cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

En el presente caso, se ha conformado la lista de elegibles, por lo tanto, se ha configurado el supuesto factico que prevé la jurisprudencia para declarar la transgresión de este derecho, ya que sobre el accionante reposa una expectativa legítima que puede culminar en la obtención de un cargo con la administración pública

También se vislumbra que, de una correcta o incorrecta interpretación que se realice de las normas que rigen el presente concurso, se puede afectar la posición del hoy accionante en la lista de elegibles que se conforme con posterioridad.

Ahora bien, hechas las consideraciones anteriores, hablando específicamente del caso sub judice, nos encontramos con que la convocatoria identificada como Acuerdo No CNSC-20191000002486 del 18 de marzo de 2019 que estableció las normas rectoras del concurso de méritos para la Gobernación de Sucre.

En consonancia con la jurisprudencia constitucional, la convocatoria establece en el artículo 3 las fases del proceso, las cuales se subdividen de la siguiente forma: 1. Convocatoria y divulgación, 2. Adquisición de derechos de participación e inscripciones, 3 verificación de requisitos mínimos, 4, aplicación de las pruebas que a su vez se subdivide en (pruebas sobre competencias básicas y funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, valoración de antecedentes), conformación de la lista de elegibles, periodo de prueba.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





Posteriormente en el artículo 4, específicamente en el parágrafo señala que el acuerdo es la norma reguladora del proceso de selección y obliga tanto a la entidad objeto del mismo, a la CNSC, a la Universidad o Institución de Educación superior que la desarrolla, **como a los participantes inscritos.**

El artículo 13 de la convocatoria definió los criterios llamados a tener en cuenta en el marco de la convocatoria en el cual indicó para la **educación informal** como aquella consistente en todo conocimiento libre y espontaneo, proveniente de personas, entidades, medios masivos de comunicación, medios impresos, tradiciones, costumbres, comportamientos sociales y otros no estructurados, aquella que tiene por objetivo brindar oportunidades para complementar, actualizar, perfeccionar o profundizar conocimientos, habilidades, técnicas y prácticas. Posteriormente indicando que según el artículo 2.6.6.8 del Decreto 1075 de 2015, hacen parte de esta oferta educativa aquellos que tengan una duración inferior a cientos sesenta (160) horas.

A continuación el artículo 14 señala los modos para certificar la educación, señalando que los estudios se acreditaran mediante la presentación de certificaciones, diplomas, actas de grado o títulos otorgados mediante instituciones correspondientes o certificado de terminación y aprobación de materias del respectivo pensum académico.

Señala además que según el Decreto 1083 del 2015 las certificaciones expedidas por educación informal deberán tener nombre o razón social de la entidad, nombre y contenido del evento, fechas de realización, intensidad horaria (la cual deberá indicarse en horas y en caso de expresarse en días, se debe señalar el número total de horas por día).

Se muestra a continuación las tablas de las puntuaciones por ítem que otorgaba la prueba según el artículo 35 de la convocatoria

ARTÍCULO 35°.- PUNTUACIÓN DE LOS FACTORES DE LA PRUEBA DE VALORACIÓN DE ANTECEDENTES. El valor máximo de cada factor será el establecido para cada uno, para lo cual se tendrá en cuenta la siguiente distribución de puntajes parciales máximos:

Ponderación de los factores de la prueba de Valoración de Antecedentes.							
Factores	Experiencia			Educación			Total
	Experiencia Profesional o Profesional Relacionada (*)	Experiencia Relacionada	Experiencia Laboral	Educación Formal	Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano	Educación Informal.	
Profesional	40	N.A.	N.A.	40	10	10	100
	40	N.A.	N.A.	40	10	10	100
Técnico (*)	N.A.	40	N.A.	40	10	10	100
	N.A.	N.A.	40	40	10	10	100
Asistencial	N.A.	N.A.	40	40	10	10	100

(*) Se valorará el tipo de experiencia, en relación con la experiencia exigida en la OPEC del empleo al que se inscriba el aspirante

Luego según el artículo 36 de la convocatoria se estipulan las equivalencias en puntos del número de horas cursadas en eventos de educación informal como se desarrolla a continuación:

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



3. **Educación Informal:** La Educación informal, se calificará teniendo en cuenta el número total de horas certificadas de cursos relacionados con las funciones del empleo, de la siguiente manera:

INTENSIDAD HORARIA	PUNTAJE MÁXIMO
160 o más horas	10
Entre 120 y 159 horas	8
Entre 80 y 119 horas	6
Entre 40 y 79 horas	4
Hasta 39 horas	2

Teniendo claridad sobre los puntajes y superada la etapa de reclamaciones se conforma y se publican las listas de elegibles según el artículo 45 de la convocatoria, donde se señala que la Universidad o Institución de Educación Superior que la CNSC contrate para el efecto, consolidará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del proceso y la CNSC mediante acto administrativo conformará para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la presente convocatoria, con base en la información que le ha sido suministrada, y en estricto orden de mérito.

DEL CASO EN CONCRETO

Previo al estudio de fondo del caso planteado en el escrito de amparo, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que, al tenor del artículo 86 de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en: (i) la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la instauración del recurso de protección de manera oportuna (inmediatez); y (iii) el agotamiento de los mecanismos judiciales existentes, salvo que tales vías no sean eficaces o idóneas, o en su defecto se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad).

Legitimación en la causa.

Este Tribunal considera que la legitimación en la causa por activa se encuentra acreditada en esta oportunidad, conforme a los artículos 86 de la Constitución y artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, puesto que el accionante interpone la presente acción de tutela a título personal.

Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela puede ser ejercida por toda persona (natural o jurídica; nacional o extranjera) que considere sus derechos fundamentales vulnerados, y podrá ser ejercida directamente o por alguien que actúe en su nombre, bien sea por medio de representante legal en el caso de los menores de edad, personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos, 2) mediante apoderado judicial, 3) por



agencia oficiosa. En los tres casos anteriores deberá probarse la legitimación en la causa por activa.⁵

Conforme lo anterior, a juicio de esta Sala, el señor **Fabrizio Isaias Tinoco Diaz** ostenta la legitimación en la causa por activa, al tenerse que el accionante presenta la solicitud de amparo de forma personal y tiene interés legítimo en la determinación que se tome sobre los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

La legitimación en la causa por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental, cuando alguno de ellos, resulte vulnerado⁶.

En otras oportunidades, la Corte ha dicho que esta hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la constitución, 1 y 42 del decreto 2591 de 1991, siendo procedente la acción contra cualquier autoridad pública o particular⁷.

En el caso sub judice, la **Comisión Nacional del Servicio Civil** se encuentra legitimada en la causa por pasiva ya que según el artículo 11 de la ley 909 del 2004⁸ que regula lo concerniente a las funciones de esta entidad, se tiene que esta tiene por objeto establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con los que se desarrollaran los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa.

Por su parte, la **Fundación Universitaria Área Andina** ostenta la legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto, al constatar que la accionada fue contratada por la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, para desarrollar el

⁵ Sentencia, T-493 de 2007.

⁶ Sentencia T- 322 de 2019.

⁷ Sentencia T-335 de 2019.

⁸ Ley 909 de 2004 ARTÍCULO 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;



proceso de provisión de empleos vacantes para la convocatoria territorial 2019.

Inmediatez.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta que el amparo de tutela está previsto para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados, con lo cual el Constituyente buscó asegurar que dicha acción sea utilizada para atender afectaciones que de manera urgente requieran de la intervención del juez constitucional.

Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado que le corresponde al juez constitucional verificar en cada caso concreto si el plazo fue razonable y proporcionado, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, la acción tutela se interpuso oportunamente.

En este sentido, esta Sala advierte que el amparo examinado satisface el presupuesto de inmediatez, en tanto el hecho que presuntamente vulnera tiene lugar el 17 de septiembre de la presente anualidad, día en que se publican los resultados y el accionante verifica su evaluación, enterándose que no posiblemente sus certificaciones sobre educación informal no habían sido correctamente evaluadas, posterior a la etapa de reclamaciones, de la cual el también hizo parte, como consta en contestación planteada por el accionante ante la **Fundación Universitaria Área Andina**.

La acción de tutela sería presentada el día 23 de septiembre de 2021, días después de que ocurriera la presunta vulneración de los derechos del accionante, por lo tanto, es posible concluir que la presente acción de tutela se encuentra en un término razonable para ser impetrada.

- Subsidiariedad

La Corte Constitucional, ha sostenido que es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que esta es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por ser residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen prerrogativas de naturaleza constitucional. En consecuencia, el recurso de amparo no puede convertirse en un instrumento alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





existentes en el ordenamiento jurídico, salvo que las mismas sean ineficaces, no idóneas o se configure un perjuicio irremediable.

Es así que la Corte Constitucional ha dispuesto que, en materia de protección al derecho de acceso al cargo público, debido proceso y merito frente a convocatorias públicas, los accionantes no cuentan con un mecanismo ordinario de defensa idóneo y eficaz para solicitar el amparo de sus derechos por lo que hace procedente el presente mecanismo.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en este sentido, cuando, por ejemplo, en sentencia T-945 de 2009, manifestó lo siguiente:

En los casos de la referencia en los que los actores cuestionan el acto de la publicación de resultados de las pruebas practicadas con ocasión del concurso de méritos de docentes y directivos docentes a nivel nacional, que constituyen actos de trámite contra los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, por regla general, no proceden los recursos por la vía gubernativa, ni tampoco las acciones contencioso administrativas, los accionantes carecen, prima facie, de otros medios de defensa judicial y, por tanto, de acciones eficaces para la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados por los peticionarios en cada una de las acciones de tutela. 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.

En lo que respecta al presente caso frente a pretermissiones de las normas reguladoras del concurso de méritos, es posible que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pueda proteger los derechos del hoy accionante, pero debido a su estructuración, puede que no resulten lo más expedito para lograr una solución pronta al asunto, o la posible consumación de un perjuicio irremediable como lo ha expuesto la jurisprudencia del órgano máximo de la jurisdicción constitucional⁹.

Este ha sido un tema recurrente en la jurisprudencia constitucional cuando, por ejemplo, en sentencia T-388 de 1998 con ponencia del Dr Fabio Morón Diaz se dijo lo siguiente:

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de diciembre 1ero de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa



“En reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de "acceder al desempeño de funciones y cargos público".

Por otro lado, si lo que se pretende es controvertir un acto de trámite del concurso ante el juez constitucional, el amparo solo procede de forma excepcional si el respectivo acto tiene potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y este ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, vulnerando de esa forma las garantías establecidas por la Constitución¹⁰.

Atendiendo el citado criterio, la Sala pasa a verificar si es procedente el amparo, para lo cual será necesario estudiar las pruebas que se hayan allegado al trámite constitucional

Las pruebas aportadas al sub lite:

Por el accionante:

- Copia acuerdo de la convocatoria- territorial 2019 Gobernación de Sucre.
- Copia de certificación de primer seminario de Metrología Energética (8 horas)
- Copia de la certificación aplicaciones prácticas de la metrología industrial (8 horas).
- Copia de solicitud de reclamación del accionante.
- Copia de la respuesta emitida por la accionada.
- Pantallazo plataforma SIMO requisitos de inscripción del accionante.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-671 de 2013.



Por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria Área Andina, como accionadas:

- Respuesta a solicitud de reclamación de valoración de puntajes RECVA-TI 3288.

Conforme lo anterior, se tienen como hechos probados que el accionante se encuentra inscrito en la OPEC, que el accionante se encuentra inscrito desde el 31 de enero de 2020, con el código 314, denominación 333 y número de empleo 77891, de nivel jerárquico técnico; grado 4.

En ese certificado de inscripción, se mencionan los documentos con los que el concursante aplica, indicándose los que acreditan educación informal, entre los cuales se relacionan la Universidad de Cartagena, Universidad del Sinú, Instituto Summit y demás.

Conforme la respuesta del 17 de septiembre de 2021 a la petición planteada por el accionante, se puede concluir que el accionante agotó los medios para impugnar los resultados de la prueba, atendiendo el artículo 39 de la convocatoria donde se señala el término para presentar reclamaciones contra los resultados de la valoración de antecedentes específicamente.

Para la prueba de valoración de antecedentes, las entidades accionadas estimaron que el accionante solo acreditó 35 puntos, como se muestra a continuación:

CRITERIO PUNTAJE

EDUCACIÓN FORMAL 30.00

EDUCACIÓN INFORMAL 0.00

EDUCACIÓN PARA EL TRABAJO Y EL
DESARROLLO HUMANO

0.00

EXPERIENCIA LABORAL 5.00

PUNTAJE PRUEBA DE VALORACIÓN DE
ANTECEDENTES: 35.00

En esa respuesta, la entidad reconoció un error en la valoración de la experiencia laboral, la cual previamente solo habían calificado con 0, pasando a una puntuación de 5.

Por otro lado, frente a los cursos de inglés Advance B1+, curso de lógica y programación básica de computadores, primer congreso de ingenierías tendencias globales de la ingeniería del siglo XXI, curso de sostenibilidad y

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





empresas, seminarios de tendencias de la cadena de abastecimiento, aplicaciones prácticas de metrología energética, seminarios del día mundial de metrología; cursos que todos serían calificados con un puntaje de 0 a razón de que no tenían indicación específica de la intensidad horaria con la que se practicó el curso.

Especialmente se indicó para los cursos de aplicaciones prácticas de metrología industrial y el primer seminario de metrología energética, se señaló que estos no podían ser validados ya que presuntamente no tenían relación con el cargo a proveer.

Se observa entonces que el desacuerdo expresado por el accionado consiste en que la accionada no valoró los seminarios de aplicaciones prácticas de la metrología industrial y primer seminarios de metrología de energética, aparentemente por no tener relación con el cargo al cual aspiraba el accionante.

Según las reglas estudiadas, las actuaciones de las entidades administrativas se sujetan al marco del debido proceso, cuando en su accionar se ajustan a los parámetros que dictaminen la Constitución, la ley o Reglamento, dependiendo del caso.

Como se ha venido observando, el Acuerdo de la convocatoria hace las veces de norma legal, que estipula los deberes y obligaciones que las partes deben cumplir en el desarrollo del concurso de méritos, incluyendo a los inscritos al concurso.

Se tiene entonces que dependiendo de la correcta o incorrecta interpretación de las normas que rigen el concurso, se podría estar afectando la expectativa legítima de los participantes a acceder a un cargo pública o de incluso, obtener un mejor puesto en la lista de elegibles.

Específicamente sobre la educación informal conforme la convocatoria y el Decreto 1075 de 2015 este consiste en todo conocimiento que permite complementar, actualizar, perfeccionar, renovar o profundizar conocimientos, habilidades, técnicas y prácticas.

Si bien el acuerdo menciona “todos” para referirse a cualquier clase de conocimiento, el acuerdo indica expresamente en el artículo 14 literal e sobre las certificaciones de educación donde dice que “En la prueba de valoración de antecedentes sólo se tendrá en cuenta la Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano y la Educación Informal relacionadas con las funciones del respectivo empleo y serán puntuadas conforme a lo establecido en el acápite de valoración de antecedentes del presente acuerdo”.



El accionante sugirió que los certificados aportados debían tenerse en cuenta a razón de que estos efectivamente tenían relación con el manual de funciones de la OPEC, advirtiendo en este punto que, si bien al proceso no se aporta el manual de funciones, estas se encuentran relacionadas dentro del perfil del cargo contenido en la convocatoria pública visible en la contestación allegada el 17 de septiembre.

Pues bien; lo primero que se observa es que el punto de divergencia en el caso concreto se reduce a la aplicación de criterios que permitan definir si unos cursos realizados por el accionante tienen o no relación directa con las funciones del cargo ofertado por la C.N.S.C. para el que concursó, habiendo sustentado la autoridad accionada su negativa a reconocerlos en razones que se consignaron expresamente en el oficio de respuesta al peticionario y que si bien éste no comparte, no se advierte a prima facie que éstos han sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario encargado de su valoración.

De este modo, al analizar la controversia que constituye el meollo del asunto en el caso concreto, se observa que su talante corresponde a un conflicto que no es susceptible de resolver en el marco de este mecanismo breve y sumario, sino que su envergadura amerita que se ventile y decida dentro del medio de defensa ordinario procedente, cuya eficacia, junto con las herramientas que otorga el C.P.A.C.A., a quien requiere la implementación de medidas tempranas dentro del juicio, permitirían conjurar la situación que se plantea por el accionante, por lo que la Sala considera que fue acertada la decisión del a quo objeto de revisión en segunda instancia.

Ahora bien; en el presente caso no pudo constatarse la configuración de un perjuicio de tal entidad que se adecue al concepto de irremediable, pues bien puede obtenerse la protección del derecho supuestamente conculcado, a través del restablecimiento del derecho que se ordenaría como consecuencia de la anulación del acto administrativo por medio del cual se establezca la lista de elegibles dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otra parte, si bien se ha producido jurisprudencia que respalda la procedencia excepcional de este medio de control en algunos casos relacionados con concurso público de méritos, lo cierto es que, amparado en las modificaciones que introdujo la Ley 1437 de 2011 respecto de las medidas cautelares, al juez de la legalidad se le otorgaron amplios poderes para poder conjurar en la práctica, situaciones que afecten o amenacen afectar gravemente derechos fundamentales, en el marco del proceso ordinario que en este caso correspondería al ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





Conforme con lo dicho, la Sala confirmará el fallo de primera instancia que resolvió declarar la improcedencia del amparo, conforme las razones que aquí se exponen.

Decisión.

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

IV- FALLA

PRIMERO.CONFIRMAR, el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo que resolvió declarar la **IMPROCEDENCIA** del amparo solicitado por el señor Fabrizio Isaías Tinoco Díaz.

SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El anterior proyecto fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
Ponente.


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL.
Con salvamento de voto

Firmado Por:

**Marcela De Jesus Lopez Alvarez
Magistrada
Oral
Tribunal Administrativo De Cartagena - Bolivar**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **98e19efd04d8ced74568c436eea1ed1889cbc1af12fc75bdc24f665f32a30665**

Documento generado en 15/12/2021 04:02:35 PM

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