

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**



JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Octubre Veinte (20) de dos mil veinte (2.020).

Decide el Despacho la Acción de tutela, propuesta por el señor JOSE ANGEL BONILLA CONEO en contra de la ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA -ESAP-, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, DERECHO AL TRABAJO, entre otros, basado en los hechos que a continuación se relatan:

ANTECEDENTES

Expresa el actor, en síntesis, que se presentó en la Convocatoria para el proceso de selección de profesionales que participan en los equipos de asistencia técnica y administrativa, dentro de la cual la entidad encargada de ejecutar la fase de evaluaciones es ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ESAP, inscribiéndose en la plaza de equipo de gestión territorial – profesional primer contrato – administración pública para la dirección territorial BOLIVAR – CORDOBA-SUCRE- SAN ANDRES – CARTAGENA-; sin embargo, al momento de ser publicado el listado de personas admitidas e inadmitidas, figuró como segundo y pidió la revisión de los resultados porque considera que su nota era mas alta que la que obtuvo en el primer resultado, el día 4 de octubre del 2020 la ESAP emite respuesta a su solicitud de revisión de los resultados obtenidos y considera el tutelante que aparentemente la contestación no es clara, precisa y concreta, en la cual estima vulnerado su derecho al debido proceso.

CRONOLOGIA PROCESAL:

La solicitud de tutela fue admitida por parte del Despacho en fecha 15 de octubre de 2020, solicitándole a la entidad tutelada, rindiera su correspondiente informe sobre los hechos materia de la acción.

LA DEFENSA

La entidad accionada ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA -ESAP- rindió la respuesta en autos; manifestando, en síntesis, que el procedimiento de calificación del actor se desarrolló con base en las respuestas registradas por el aspirante como correctas o incorrectas. Posteriormente, se calculó la sumatoria de aciertos por cada uno de los ejes temáticos evaluados. Luego, se obtuvo la proporción de respuestas acertadas sobre el total de preguntas para cada eje temático. Un cuarto momento en el que se aplicó la ponderación a cada uno de los ejes temáticos de la prueba, teniendo en cuenta que a los ejes que se relacionan con la temática elegida para el empleo, se les dio el doble de la puntuación en relación con los demás ejes temáticos. Por último, se obtuvo la calificación definitiva a publicar mediante la suma de las proporciones de cada uno de los ejes temáticos, transformándola a una escala de 0 a 100. Así las cosas, se le informa que sus aciertos fueron 44 y aplicado el procedimiento previamente señalado el puntaje total obtenido en su prueba de conocimientos fue 87,50, en tal sentido, toda vez que el puntaje mínimo aprobatorio exigido era 60 puntos, se concluye que obtuvo el puntaje necesario para continuar en el presente proceso de selección, razón por la cual fue publicado el resultado obtenido en la prueba comportamental correspondiente a 73,33, en cumplimiento de las normas que rigen la convocatoria. Bajo este escenario, se informa que la calificación publicada corresponde al porcentaje de aciertos alcanzados en la ejecución de la prueba y responde a estrictos criterios técnicos que se aplican en la calificación de este tipo de pruebas. La metodología aplicada no busca afectar ni beneficiar a ningún aspirante, por el contrario, fue aplicada en igualdad de condiciones a todos los aspirantes, garantizando así el principio del mérito, de transparencia y el derecho a la igualdad.

Cumplido todo lo anterior, pasa al Despacho la presente Acción de Tutela para resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Es criterio suficientemente asimilado en el foro judicial el de que la acción de tutela es un procedimiento constitucional preferente y sumario, de amparo inmediato de los derechos fundamentales de la persona, cuando quiera que éstos resulten amenazados o violados por acción u omisión de una autoridad pública, o por particulares en los casos precisos determinados por la Constitución y la Ley. E igualmente que, por regla general, la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el medio normal u ordinario carezca de eficacia según las circunstancias en que se encuentre el solicitante de la protección constitucional.

Iniciando este Despacho el estudio de la presente acción, se plantea el siguiente **problema jurídico**, que debe absolver el Despacho para concluir lo pertinente en el caso concreto: **¿Procede la acción de tutela para controvertir los actos administrativos expedidos en el marco de un concurso público de méritos, ante la existencia de otros medios de control jurisdiccionales?**

Sea pertinente decir, en primer lugar, que el artículo 29 de la Constitución dispone que “*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”. Con fundamento en la citada norma, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el vínculo existente entre este derecho y las garantías que deben regir las actuaciones de la administración. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha expresado en la sentencia T-329 de 2009¹ que:

“El debido proceso administrativo es un derecho de rango fundamental que garantiza que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y la jurisprudencia que regulan la aplicación de los principios constitucionales. Este derecho involucra todas las garantías propias, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración. Por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación”

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-980 de 2010, el Alto Tribunal determinó que:

“El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos”.

Conforme a lo anterior, se puede decir también que, si bien la tesis de *las vías de hecho* ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, la misma Corte Constitucional también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativas.

Así las cosas, para que se configure una **vía de hecho administrativa**, se requiere que al igual que en la vía de hecho judicial, se materialice alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso. Por ende, dichas causales de procedencia *“han servido como instrumento de definición conceptual para los jueces constitucionales, quienes determinan si los defectos que estas describen son comprobados en la actuación administrativa objeto de análisis”*².

Al respecto se pronunció la misma Corte en la sentencia T- 076 de 2011³, en donde consideró que:

“Estas causales de afectación del debido proceso se concentran en los siguientes supuestos:

13.1. Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión correspondiente.

13.2. Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. Este vicio tiene carácter cualificado, puesto que para su concurrencia se requiere que (i) no exista ningún motivo constitucionalmente válido o relevante que permitiera sobreseer el procedimiento aplicable; (ii) las consecuencias de ese desconocimiento involucren una afectación verificable de las garantías constitucionales, en especial del derecho al debido proceso; y (iii) que el defecto observado no haya sido solucionado a través de los remedios previstos por la ley para subsanar errores en el procedimiento.

13.3. Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este

¹ En el asunto de referencia esta corporación conoció de una tutela presentada por una persona que había ocupado el primer puesto en un concurso de méritos, cuyo fin era integrar la terna para la escogencia del gerente de una ESE. En dicho fallo el gobernador había escogido a una persona con un puntaje de calificación más bajo que el obtenido por el accionante.

² Sentencia T-076 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

defecto, al igual que el anterior, tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.

13.4. Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra legem.

13.5. Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.

13.6. Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. Este defecto ha tenido un profundo desarrollo por la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que la motivación del acto administrativo es un aspecto central para la garantía del derecho al debido proceso de las partes, puesto que la ausencia de tales premisas impide expresar cargos de ilegalidad o inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa distintos al de desviación de poder de que trata el artículo 84 C.C.A., lo que a su vez conlleva una grave afectación, tanto del derecho de defensa del afectado, como del principio de publicidad propio de la función administrativa. Esta postura ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación haya previsto que incluso en los eventos en que el ordenamiento confiere a determinadas autoridades administrativas la potestad discrecional para adoptar ciertas decisiones, tal facultad no puede entenderse como un ámbito para el ejercicio arbitrario del poder, lo que implica que en ese escenario también deba hacerse expresa la motivación de la decisión.

13.7. Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

13.8. Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política. Ello se evidencia cuando la Constitución prevé reglas positivas particulares con efecto inmediato, que determinan consecuencias jurídicas verificables y, a pesar de ello, la autoridad desconoce esos mandatos o profiere actos que contradicen las reglas mencionadas⁴.

En conclusión, el debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

En este orden de ideas, es necesario señalar que una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas, entre ellas el actor, como ciudadano en ejercicio, pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata⁴.

De otra parte, de acuerdo con los lineamientos trazados por la sentencia SU-712 de 2013⁵, es menester señalar en este apartado los elementos característicos de la amenaza de perjuicio irremediable que se deben acreditar para que la acción de tutela proceda. A saber, dichos elementos son:

“(i) Es necesario que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia y/o acto administrativo puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso.

⁴ Véase Corte Constitucional, **Sentencia SU772/14**.

⁵ M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia y/o acto administrativo ha de amenazar con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos.

(iii) Debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención.

(iv) Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas impugnadas".

No obstante, también se puntualizó por parte de la jurisprudencia constitucional que la procedencia de la acción no implica que por ese solo hecho se hayan vulnerado los derechos fundamentales invocados, sino que simplemente se habilita al juez constitucional para adentrarse en el análisis material del asunto con miras a determinar si debe o no concederse la protección invocada.

Concomitante a lo ya narrado en el punto primero, el principio de **subsidiariedad de la tutela** aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Respecto al anterior mandato, la misma jurisprudencia constitucional ha manifestado que la procedencia subsidiaria de la acción de tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden y regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también asegurando el principio de seguridad jurídica.⁶

En este sentido, en reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si existe otro mecanismo judicial en el orden jurídico que permita ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando una efectiva e íntegra protección de los mismos.

Ahora bien, ¿cómo determinar si la persona en efecto dispone de otro medio de defensa judicial? Para resolver el anterior interrogante es necesario hacer alusión a algunos fallos en los cuales la Corte Constitucional se ha referido a este tema.

En un acercamiento inicial a la temática, encontramos la sentencia T- 003 de 1992⁷, en la que la Corte al revisar el caso de una persona que había sido elegida como Contralora Departamental del Huila, pero que no fue posesionada por el Gobernador del Departamento sin razón alguna, precisó cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere idóneo para la protección de los derechos fundamentales. En palabras del Alto Tribunal:

"(...) el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debe interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho".

En el mismo sentido, la sentencia citada expresó que son aceptables como medios de defensa judicial, aquellos que cumplan con las siguientes características, a saber:

"(...) aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho. En este sentido, no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado."

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado".

Igualmente, el Alto Tribunal ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. *"Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable"*⁸.

⁶ Sentencia T-487 de 2011.

⁷ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Sentencia T-145 de 2011.

Respecto de dicho mandato, ha manifestado este tribunal que no se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección⁹.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta corporación expresó en sentencia T-569 de 2011¹⁰ que: “es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración.” Por consiguiente, “no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

Por estas razones, un requisito de procedencia de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, con base en el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991, la misma Corte Constitucional ha identificado dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. **Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental.**

En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que será idóneo y eficaz el otro mecanismo de defensa cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alterno permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancias particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compadecen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.

La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para la Corte esto ocurre cuando se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución; esto es, de no adoptarse de forma inmediata las medidas, se corre el riesgo de que sean ineficaces e inoportunas.

Acogiendo todo lo anterior, se tiene que la Alta Corporación ha determinado que las acciones contenciosas administrativas (hoy llamados “medios de control” por el CPACA) no protegen en igual grado que la acción de tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la sentencia T-425 de 2001, la Corte Constitucional conoció un caso en el cual un accionante que se encontraba en el primer lugar de la lista de elegibles en un concurso para proveer el cargo de asesor, Código 1020, grado 08 en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no había accedido al cargo debido a la negativa de la entidad a nombrarlo. En dicha providencia se estableció que:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni

⁹ Sentencia T-388 de 1998.

¹⁰ En la sentencia de referencia la Corte conoció un caso en el cual el accionante había ocupado el puesto once dentro de la listado expedido por la CNSC para proveer igual número de empleos de carrera, sin embargo debido a una interpretación errada del inexecutable Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión solamente ofertó siete.

oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

Sobre el particular, es decir sobre la procedencia de la acción de amparo para debatir decisiones acogidas dentro de un concurso de méritos, el Alto Tribunal Constitucional ha manifestado que: *“aún cuando los afectados con dichas determinaciones cuentan con las acciones contencioso administrativas para cuestionar su legalidad, dichos mecanismos judiciales de defensa no son siempre idóneos y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.”*¹¹

Igualmente en la sentencia SU-913 de 2009¹² se determinó que:

“En materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

Como conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela podría desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego.

Ahora bien, sobre el concurso de méritos como sistema escogido por el legislador para la selección de cargos en los equipos de asistencia técnica y administrativa, durante la vigencia 2020, en el marco del Programa Integral de Fortalecimiento Académico y Territorial de la ESAP, se debe establecer que este mandato es desarrollo expreso del precepto contenido en el artículo 125 de la Constitución. Que establece:

*“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, **serán nombrados por concurso público**. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”*

El artículo 125 de la Constitución constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el acceso a la función pública. En efecto, dicha norma contiene una pluralidad de principios que la rigen, dentro de los cuales se destacan: (i) la generalidad que instituye los empleos en los órganos y entidades del Estado como de carrera; (ii) la consagración de tres excepciones constitucionales a este principio, los servidores de elección popular, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales; (iii) el deber de adelantar un concurso público, cuando no exista en la Constitución o en la ley un sistema que determine la forma como deba hacerse la provisión de un empleo; (iv) la fórmula de la convocatoria, como criterio que determina y evalúa los méritos y calidades de los aspirantes y por último (v) consagra el deber de garantizar el acceso a la función pública y la permanencia en el mismo, sin otras consideraciones distintas a las capacidades de los aspirantes.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal considera que la Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, *“que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entre los fines de la misma se puede resaltar el de consagrar en beneficio de la colectividad sin ninguna discriminación el acceso y ascenso a la función pública”*¹³.

En este orden de ideas, es necesario señalar que los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que

¹¹ Sentencia T-569 de 2011.

¹² En la sentencia de referencia la Corte Constitucional conoció de varios casos en los cuales los accionantes que se presentaron a un concurso para la elección de notarios solicitaban a la Corte unificar los criterios de calificación para evitar así la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales.

¹³ Sentencia T-344 de 2000.

propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado en sentencia T-569 de 2011 que, en general, se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

Así entendido, el sistema de ingreso a la administración pública por concurso de méritos comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permiten garantizar que a los puestos de dirección del Estado accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma de la Carta del 91 como lo pueden ser el favoritismo y el nepotismo; criterios que, por lo demás, se contraponen a los nuevos roles del Estado e influyen negativamente en su proceso evolutivo de modernización, racionalización y optimización, implementados con el objetivo de avanzar en la prestación de un mejor servicio a la comunidad¹⁴.

Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-169 de 2011, en la cual determinó que:

“La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa”.

La Corte Constitucional, en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”¹⁵. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas¹⁶ y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

Así las cosas, el concurso es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de moralidad y objetividad califique el mérito y las capacidades de los distintos aspirantes a acceder a la función pública, con el fin de escoger entre estos al que mejor pueda desempeñarlo, alejándose de consideraciones individuales, o arbitrarias. La finalidad del artículo 125 de la Constitución consiste en últimas en que al cargo llegue el mejor de los concursantes, es decir, aquel que haya obtenido el más alto puntaje.

Así las cosas, el deber de protección de los derechos fundamentales exige al operador judicial tomar al momento de fallar una acción de amparo una serie de medidas tendientes a lograr que la protección sea efectiva. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual restablezca el derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

El Alto Tribunal ha aclarado que las órdenes que puede impartir un juez de tutela pueden ser de diverso tipo, ya que la decisión a adoptar tiene que ser suficiente y razonable para lograr que la situación de vulneración cese. En este sentido la sentencia T-418 de 2010 estableció que:

¹⁴ Sentencia C-1230 de 1995.

¹⁵ Sentencia SU-913 de 2009

¹⁶ Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

“El juez de tutela cuenta con una facultad amplia para establecer, razonablemente, cuáles son las órdenes que se deben adoptar en cada uno de los casos concretos para asegurar el goce efectivo de un derecho fundamental. La principal misión que la Constitución encomienda al juez de tutela es tutelar los derechos que considera que han sido violados o amenazados y tomar las medidas necesarias para que tal situación cese. En tal medida, ha considerado la jurisprudencia que se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado”.

Entre las facultades que posee el juez para lograr la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se encuentra la de dictar órdenes simples o complejas. Estas han sido definidas de la siguiente manera:

“el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. El remedio al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino órdenes complejas.”¹⁷

En desarrollo de estas atribuciones el juez de tutela cuenta con diversas herramientas jurídicas para resolver un caso que requiere soluciones complejas, entre ellas se destacan: (i) la adopción de medidas cautelares en casos en los que se demuestre la existencia de perjuicio irremediable¹⁸; (ii) la realización de estudios en aquellas oportunidades en que no se cuenta con la información requerida para poder tomar la decisión;¹⁹ (iii) la capacidad de ordenar la construcción o terminación de obras²⁰; (iv) la potestad de ordenar el asesoramiento de los accionantes²¹; (v) suspender trámites administrativos²²; (vi) ordenar la creación de grupos de trabajo; (vii) conceder espacios de participación²³; y (viii) decretar la suspensión de concursos de méritos.²⁴ Sobre este último aspecto se debe destacar que de conformidad a la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar la suspensión de un concurso de méritos, ya sea como medida cautelar antes de adoptar una decisión de fondo, o por el contrario, puede decretar dicha interrupción como una orden definitiva en la sentencia.

Así las cosas, en el evento en que para el caso concreto la única medida que pueda lograr el restablecimiento del derecho sea la orden de suspender el concurso, ésta deberá ser adoptada por el juez en ejercicio de sus potestades, ya que, de permitirse continuar con un proceso viciado de ilegalidad, se consolidaría la vulneración de derechos, atentando así contra los postulados de orden superior.

Se debe destacar que la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional. Por el contrario, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, recientemente ha ordenado la suspensión de diversos concursos al evidenciar una serie de irregularidades que viciaban su legalidad. Téngase lo señalado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en una de esas providencias²⁵:

“En este orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso, que involucran el desarrollo de un proceso de selección de personal actualmente en curso y el desconocimiento de aspectos procedimentales que pueden afectar de manera grave su desarrollo, esta Sala de Decisión debe adoptar medidas inmediatas que permitan asegurar la eficacia de las ordenes que se impartan. Por esta razón, y también en consideración de las facultades legales que asisten a la CNSC para garantizar la transparencia, imparcialidad, objetividad e idoneidad de los procesos de selección (artículos 21 y 22 del Decreto 760 de 2005) y la especial pertinencia de la intervención del juez de tutela en las decisiones relacionadas con procesos de selección de personal, se ordenará la suspensión inmediata del proceso, su revisión oficiosa con miras a determinar si se puede continuar o si se debe dejar sin efectos y, en caso que se encuentre que se puede seguir adelante con él, se prescribirá la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el mismo prosigue ajustado a Derecho.

Estas decisiones no tienen otro objetivo distinto que garantizar la corrección procedimental de las decisiones que se adoptan por la Administración en el marco del Concurso No. 128 de 2009. Su fundamento se

¹⁷ Sentencia T-086 de 2003.

¹⁸ Auto 244 de 2009.

¹⁹ Sentencia T-1104 de 2005.

²⁰ Sentencia T-081 de 2013.

²¹ Sentencia T-091 de 2010.

²² Sentencia T-974 de 2009.

²³ Sentencia T-140 de 1995.

²⁴ Sentencia T-286 de 1995.

²⁵ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Bogotá, D. C., Trece (13) De Diciembre De Dos Mil Doce (2012) , Radicación Número: 25000-23-42-000-2012-00492-01(Ac).

encuentra, pues, tanto en el principio de legalidad que debe presidir la totalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades en un Estado de Derecho; como la preocupación por asegurar que el proceso de selección de personal en cita se surta con apego a las disposiciones que lo rigen.

Siendo éste su fundamento, no hay duda que la regularidad procesal del concurso constituye un requerimiento esencial para que éste pueda cumplir cabalmente con sus objetivos. Máxime cuando, conforme fue explicado en los fundamentos jurídicos 20 y 21 de esta providencia, se está frente a un régimen específico, para el cual el legislador ha definido unas reglas especiales en consideración a la singularidad de la función cumplida por el ente público titular del régimen establecido. No subsanar oportunamente eventuales defectos en su trámite solo podría comprometer en el futuro la validez de las decisiones que se adopten, con secuelas graves tanto para la Administración Pública y la comunidad, como para los particulares titulares de derechos fundamentales conculcados”.

Así las cosas, el amparo deprecado se deberá denegar, por cuanto la decisión de la entidad accionada respecto del puesto alcanzado por el aspirante y hoy tutelante se da por razones objetivas plenamente señaladas en el acto administrativo del concurso mismo y no por capricho de la entidad, motivo por el cual se descarta la existencia de una arbitrariedad que imponga a este Despacho la necesidad de implementar medidas jurisdiccionales al interior del concurso de méritos en sede de tutela.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, administrando justicia, en nombre de la **REPUBLICA** y por autoridad de la Ley,

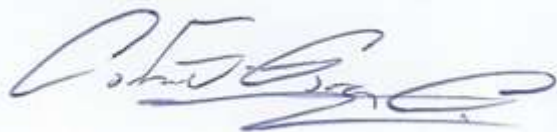
RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la presente Acción de tutela, propuesta por el señor **JOSE ANGEL BONILLA CONEO** contra **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA -ESAP-**.

SEGUNDO: En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
El Señor Juez,



CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS