



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla  
Sala de Decisión Penal

Radicación: 08001318700520230002001  
Rad. Interna: 2023-00486-T JC  
Accionante: Breiner Gutiérrez Ospino  
Accionado: Comisión Nacional Del Servicio Civil y el Politécnico Grancolombiano.  
Procedencia: Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Barranquilla  
Funcionario: Martha Lucia Fábregas Araujo  
Derecho: Debido Proceso, Igualdad, Derecho al Trabajo, buena fe en conexidad con el acceso a cargos públicos por concurso de méritos  
Magistrado Ponente: Jorge Eleicer Cabrera Jiménez.  
Acta No: 0323

Barranquilla D.E.I.P., veintidós (22) de agosto dos mil veintitrés (2023).

### **Vistos**

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta el accionante Breiner Gutiérrez Ospino en contra de la decisión de tutela de fecha 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela.

### **Antecedentes**

#### **Hechos:**

Manifestó el accionante que, participo en el proceso de selección que hizo la Gobernación del Magdalena, como aspirante al cargo de Profesional Universitario, cumpliendo los requisitos establecidos en la Opec, más sin embargo en mayo de 2023 la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo declaró como no admitido, en la etapa de verificación de requisitos mínimos argumentando que no cumplía con los requisitos de experiencia exigidos por el empleo.

Indico el accionante que su experiencia laboral como asistente en el área de auditoría externa de gestión en la empresa Deloitte Asesores y Consultores Ltda, es similar a las funciones del cargo que aspira y que la Comisión Nacional del Servicio Civil no consideró adecuadamente sus documentos, puesto que las funciones no deben

ser idénticas sino que guarden relación y semejanza como está establecido en el criterio unificado de la CNSC, por lo que debió ser considerada como experiencia profesional relacionada.

Finalizo solicitando se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, derecho al trabajo y buena fe, en relación con el acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos y en consecuencia se ordene a las accionados que se concede la condición de admitido.

### **Respuesta De Los Intervinientes Vinculados**

#### **Politécnico Grancolombiano:**

Rindió informe, que el accionante se inscribió al proceso Territorial 8 en el empleo denominado Profesional Universitario Grado 2 de la Gobernación el Magdalena que señala los requisitos mínimos, entre los cuales está el requisito de experiencia, 12 meses de experiencia profesional relacionada, que el accionante aportó pero estos fueron valorados como no válidos.

Refiere que el 15 de mayo de 2023, la CNSC publico los resultados, en donde se indicó que el accionante no había sido admitido en el proceso de selección por no cumplir con los requisitos de experiencia solicitada por la Opec y que la certificación de la empresa en el cargo como asiste, que pudo evidenciar que las funciones allí acreditada no se relacionaban con el cargo que aspiraba, por lo que presento reclamación oportunamente indicándole que le certificación aportada se trataba de asistente y no de profesional de la División de autoría Externa, confirmando su estado de inadmisión.

Argumenta que en el documento de respuesta se analizó detalladamente el empleo a proveer y se explica por qué las funciones no se relacionan con la certificación aportada. Se menciona que el Anexo Técnico del proceso define la experiencia relacionada y que las

funciones en el empleo son de administración de sistemas de información, las cuales no se encontraron en la certificación de Deloitte.

Finalmente, se solicita que la entidad accionada rechace la tutela por improcedente o, en su defecto, niegue el amparo solicitado de manera subsidiaria.

### **Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC:**

Inicio reclamando la improcedencia de la acción de tutela, no es el mecanismo jurídico dirigido para modificar las reglas establecidas en el acuerdo de la convocatoria, situación que podrá dilucidarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Indica que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y hasta que no se declaren nulos o suspendidos en jurisdicción mantienen plenos efectos legales, y no han sido notificados de ninguna acción de nulidad en contra de la convocatoria de empleos para la Gobernación del Magdalena.

Alega la accionada Comisión que el accionante no demostró un perjuicio irremediable, ni urgencia ni gravedad o de carácter impostergable en la solicitud de amparo, que no cumplió con los requisitos mínimos de la oferta pública, por lo que la decisión de no admitirlo se mantiene y finaliza solicitando que se declare la improcedencia de la acción tutelar.

### **Gobernación del Departamento del Magdalena:**

Manifiestan que ninguno de los hechos constitutivos de la tutela no son atribuibles a la persona jurídica del Departamento del Magdalena, por falta de legitimidad por pasiva, por lo que no es procedente pronunciarse sobre los mismos, y solicita que niegue la acción de tutela.

**Comisión de Personal de la Gobernación del Departamento del Magdalena:**

Manifestaron que ninguno de los hechos constitutivos de la acción constitucional es atribuibles a ellos, en razón a que no tienen la función de verificar los requisitos mínimos dentro del proceso del concurso de méritos, por lo que no es procedente que realice un pronunciamiento sobre lo mismos.

Finalizan indicando la falta de legitimación por pasiva, por lo que solicita se niegue la acción y se les desvincule.

**Sentencia Impugnada**

El Juez de primer nivel en su estudio, refiere que la controversia expuesta dentro del trámite de amparo ya fue resuelta de fondo en el reglamento del concurso de méritos y en la etapa de reclamaciones de los concursantes donde las entidades accionadas sentaron su posición en sentido negativo, enterando de la misma al accionante.

Así mismo, que el mecanismo idóneo para resolver la presente controversia era a través de la justicia contencioso administrativa, de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no se demostró por parte del actor, la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera impostergable la intervención del juez constitucional, por lo que resolvió declararla improcedente.

**Impugnación**

Inconforme con la decisión; el accionante impugna argumentando que si cuenta con la experiencia laboral exigida en el acuerdo de convocatoria, por lo que se le está causando un perjuicio

irremediable y acudir ante la justicia ordinaria no sería eficaz por el tiempo para que realice una protección de derecho real. Solicita que se revoque el fallo de tutela y se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, derecho al trabajo, buena fe y conexidad con el acceso a cargos públicos por concurso de méritos y se les ordene a los accionados la verificación y validez de la experiencia profesional aportada.

### **Consideraciones de la Sala**

#### **Competencia:**

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, esta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las acciones u omisiones de entidades públicas o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

#### **Procedencia de la acción de tutela**

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido lo siguiente:

“... El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que **“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

De lo anterior se colige que **la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias**. En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable**. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia...” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro mecanismo para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y que a la resultas de éstos, exista una vulneración evidente a sus

garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la Corte ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

*“... De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:*

*En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.*

*La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión” (Sentencia T-290 de 2005).*

*En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente...”*

## **Problema jurídico**

A la Sala le corresponde establecer, si las accionadas entidades están vulnerando los derechos fundamentales del accionante Breiner Gutiérrez Ospino al no permitirle continuar, en el proceso de selección para proveer empleo en vacancia de definitiva como aspirante al cargo de

Profesional Universitario de la Gobernación del Magdalena, por no habersele valorado en debida forma su experiencia profesional aportada como alega el accionante, que no le permitió continuar en las subsiguientes etapas.

### **Caso en concreto.**

Para resolver esta Colegiatura, se analizará la procedencia de la acción de tutela en temas de concurso de méritos para acceder a cargos públicos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos relacionados con los concursos de méritos ya que deben ser resueltos por el juez contencioso administrativo, salvo de manera excepcional de presentarse algunas de las subreglas, por ella establecidas.

En su artículo 125 nuestra constitución consagra como regla general que los empleos de los órganos y entidades del Estado deben proveerse mediante el sistema de carrera a la que se ingresa por concurso público de méritos.

En el caso sometido a consideración tenemos que el accionante concursante, acude a la vía de tutela con el propósito de proteger sus derechos fundamentales, al debido proceso, igualdad, derecho al trabajo y buena fe en conexidad con el acceso a cargos públicos alegando su vulneración por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Politécnico Grancolombiano.

Como se reseñó anteriormente, el juez de primera instancia declaro improcedente, ya que controversia expuesta en esta acción constitucional del amparo se decidió conforme a lo previsto en el reglamento de concurso de méritos, en lo referente a la experiencia profesional que debía acreditarse para participar en el cargo al que aspiraba.

Recordemos que allego certificado de labores en calidad de un nivel como asistente, que para el comité evaluativo no resultaba en el nivel profesional requerido, decisión que se constituía en un acto administrativo por lo que el mecanismo idóneo para resolver esta controversia era a través de la justicia contencioso administrativa y no se acreditó un perjuicio irremediable que hiciera necesaria la inmediata intervención del juez constitucional.

Queda claro que se está en presencia de una controversia entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y el concursante actor, sobre las reglas y/o condiciones consignadas en el acuerdo del concurso que se constituye en la norma reguladora de todo proceso de selección, que obliga a todos los participantes o sujetos intervinientes como los aspirantes del concurso quienes no deben olvidar que con su inscripción aceptan las condiciones previstas que incluye por obvia razón la Verificación de Requisitos mínimos del aspirantes, tal como formación académica y experiencia profesional relacionada, y no los que considera o desea un aspirante.

En concordancia con lo anterior, si el actor insiste en continuar con su debate, este deberá ser resuelto por las autoridades judiciales competentes, al disponer de medios de defensa, como sostuvo el a quo, la acción de tutela se torna improcedente, pues esta no está llamada a invadir orbitas establecidas por el legislador en cabeza de otras jurisdicciones.

En cuanto a su pretensión de que se les ordene a las accionadas nuevamente procedan a la verificación y validez de la experiencia profesional aportada, no resulta procedente ya que con antelación radico reclamación bajo el numero 657765467 solicitando lo que ahora pretende, recurso que el 09 de junio de 2023, resolvieron mantener la determinación inicial y no modificaron su condición de no admitido.

Esta Sala advierte que fue clara y categórica la Coordinación General del proceso de selección, cuando manifestó que la certificación que aportó el accionante, se referían a funciones no equiparables con las del empleo al cual se inscribió, que conllevo a que alegara que se trató de una respuesta propia de un modelo prediseñado sin analizar las funciones similares, al no hacerse un ejercicio de comparación correcto, lo cual implica como controversia y disparidad de criterios, la necesidad de un debate probatorio, e incluso con intervención de peritos, lo cual no resulta propio para ser practicados y resuelta dicha controversia en el breve termino que dispone una acción de tutela, y nos remite al debate propio en la jurisdicción de lo contencioso administrativo como lo sostuvo acertadamente el a quo.

Es así como, la impugnación impetrada por el accionante Breiner Gutiérrez Ospino, no está llamada a prosperar, razón por la cual, se confirmará la sentencia de 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en su condición de juez constitucional, “administrando justicia en nombre de la República y por autorización de la Ley”

### **Resuelve:**

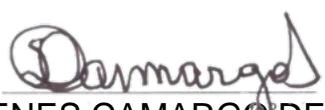
**Primero: Confirmar** en su totalidad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, el día 26 de junio de 2023, por lo expuesto en las consideraciones precedentes.

**Segundo: Notifíquese** a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

**Tercero: Ordenar** que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Comuníquese y Cúmplase,**

  
**JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ**  
Magistrado

  
**DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA**  
Magistrado

  
**JORGE ELIECER MOLA CAPERA**  
Magistrado

**OTTO MARTÍNEZ SIADO**  
Secretario