

199
193
199

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL FIJA DE DECISIÓN
ESPECIALIZADA EN RESTITUCION DE TIERRAS**

Mag. Ponente: GLORIA DEL SOCORRO VICTORIA GIRALDO.

SENTENCIA No. 015

Santiago de Cali, cuatro (4) de abril de dos mil dieciséis (2016)

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA
MAGY MANESSA COBO DORADO
VS
SALA ADMINISTRATIVA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL y
UNIVERSIDAD DE PAMPLONA.

I. ASUNTO.

Decidir la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por la señora MAGY MANESSA COBO DORADO contra la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL Y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA.

II. ANTECEDENTES.

1. Pretensiones y fundamento fáctico.

La señora MAGY MANESSA COBO DORADO, actuando en nombre propio, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, a la participación y acceso a los cargos públicos, así como a los principios de confianza legítima y legalidad, los que considera vulnerado por la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, y en consecuencia, se les ordene que procedan a calificar las siete

198
144
200

preguntas eliminadas de la prueba de conocimientos para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior, Sala Civil Familia, con el fin de determinar cuántas de ellas contestó en forma correcta y se le sumen al puntaje de 741,84 que obtuvo, resultado que deberá ser publicado y notificado, por la Unidad de Administración de la Carrera Judicial.

Así mismo solicita protección del derecho a la igualdad, en virtud del cual situaciones fácticas iguales deben recibir una misma solución y en consecuencia, reclama que se le brinde la misma protección dada al concursante CARLOS ENRIQUE PINZON MUÑOZ, cuyos derechos fueron amparados por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Magistrado Marino Cárdenas Estrada, mediante sentencia del 9 de diciembre de 2015, proferida en el expediente 05001-22-05-000-2015-00819-01.

Como fundamento de su pretensión expuso los hechos que se compendian así:

Mediante Acto Administrativo PSAA13-9939 de 2013, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentó el proceso de selección y convocó a concurso de méritos para la provisión de cargos de funcionarios de la Rama Judicial en el nivel nacional.

Indica que se presentó a la convocatoria para el cargo de Magistrada de Tribunal Superior Sala Civil Familia, presentando la prueba de conocimientos en la cual obtuvo un puntaje de 741.84 según la Resolución CJRES15-20, contra la cual presentó oportunamente el recurso de reposición.

La Unidad Administrativa de Carrera Judicial, a través de Resolución CJRES15-252 resolvió los recursos interpuestos confirmando la resolución que había publicado las Calificaciones de las pruebas de conocimiento, con lo que se conculcan sus derechos fundamentales.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, amparó los derechos del Concurante CARLOS ENRIQUE PINZON MUÑOZ, ordenando a la Universidad de Pamplona que calificara las preguntas excluidas, de las cuales éste contestó acertadamente cinco, con las cuales superó el puntaje requerido, situación que impone el mismo tratamiento, para que se verifique su puntaje, teniendo en cuenta sus resultados en las siete preguntas que fueron excluidas en la prueba.

196
145
201

2. Actuación.

Avocada la acción de tutela, se dispuso su notificación al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL y a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, quienes en forma oportuna respondieron en los términos que más adelante se reseñan.

De otra parte, teniendo en cuenta lo pretendido por la Dra. COBO DORADO, de protección del derecho a la igualdad con otro concursante que obtuvo amparo de su derecho fundamental al debido proceso, en decisión adoptada por el Magistrado Marino Cárdenas Estrada, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, este despacho, conforme lo establecido en el artículo 2.2.3.1.3.2, del Decreto 1834 del 16 de septiembre de 2015, procedió a indagar sobre la mencionada acción constitucional y recibió información sobre el cambio de composición de la Sala de decisión que integra el mencionado Magistrado, y la variación de criterio sobre la temática, lo que se aparta de los presupuestos previstos en el Decreto mencionado, cuya finalidad es que un mismo juez conozca de todas las acciones constitucionales en que se debata unos mismos derechos presuntamente vulnerados por los mismos hechos, y tratándose de juez colegiado, el cambio de su composición, le hace diferente, motivo por el cual esta Magistrada se abstuvo de remitir el asunto a ese despacho.

Posteriormente, encontrándose registrado proyecto, fue pasado a estudio a los magistrados Aura Julia Realpe Oliva y Nelson Ruiz Hernández, quienes se declararon impedidos, por tener interés en los resultados del asunto, dada su calidad de concursantes en la misma convocatoria.

En este estado, se tuvo noticia de una decisión proferida el 15 de marzo del año en curso, por el Magistrado Jhon Erick Chaves Bravo, en Sala de Decisión integrada con los Magistrados Fernando Augusto García Muñoz y Fernando Guzmán García, del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, tutela propuesta por el señor JULIO CESAR ZAMBRANO PEREZ contra las mismas entidades accionadas en este asunto, y en la cual se ampararon los mismos derechos reclamados por la Dra. COBO DORADO, previo análisis de idénticos hechos planteados en este asunto; razón por la cual y estimando cumplidos los presupuestos establecidos en el Decreto 1834 de 2015, se remitió el asunto a ese despacho.

197
14/6
202

En este estado se dio la intervención de los señores CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS y ENVER IVAN ALVAREZ ROJAS, quienes solicitaron ser reconocidos por tener interés para actuar en la presente acción y formularon recurso de reposición contra la decisión, escritos que fueron remitidos al despacho del Magistrado Chaves Bravo, a quien ya se había remitido el expediente.

No obstante, el asunto fue devuelto bajo el argumento de haber pasado más de las veinticuatro horas desde la admisión del asunto y haber sido el despacho del Magistrado CARDENAS ESTRADA, del Tribunal Superior de Medellín, el primero en conocer de un asunto de esta estirpe y sobre los mismos hechos y derechos.

En estas condiciones y considerando que el artículo 86 de la Constitución Política establece que los ciudadanos pueden presentar la acción en procura de la tutela de sus derechos fundamentales ante cualquier Juez de la República, a prevención; que la discusión sobre las reglas de reparto no puede ir en detrimento del goce efectivo de derechos de los ciudadanos; y que esta Sala ya había avocado el conocimiento de esta acción constitucional que le llegó por reparto (con anterioridad a enterarse de la decisión adoptada por el Magistrado Chaves Bravo), reasumió su conocimiento, sin que haya lugar a resolver sobre los recursos interpuestos por los Drs. GARCIA BARAJAS y ALVAREZ ROJAS, por sustracción de materia, pues pretendían que el asunto no fuera enviado al despacho, del que se recibió nuevamente. Cumplido el trámite, procede esta Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponde, previa la síntesis de los argumentos expuestos por las accionadas y las correspondientes consideraciones.

3. Argumentos de defensa de las entidades accionadas.

La Directora de la Unidad de Carrera Judicial, Dra. MARIA CLAUDIA VIVAS ROJAS, luego de hacer recuento de los hechos presentados, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro mecanismo eficaz y expedito de defensa judicial de los derechos que la accionante reclama vulnerados por el Acuerdo PSAA13-9939 del 25 de junio de 2013, con el que se convocó al concurso de méritos, la Resolución CJRES15-2015, con la que se publicaron los puntajes obtenidos por los aspirantes, en la prueba de conocimientos, y la Resolución CJRES 15-252, mediante la cual se decidieron los recursos de reposición interpuestos contra la anterior, siendo estos actos

147
203

administrativos susceptibles de control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; planteamiento que fundamenta en el artículo 236 de la Constitución y las sentencias del 9 de septiembre de 2004 del Consejo de estado y la T-451 de 2010 de la Corte Constitucional, sin que proceda tampoco como mecanismo transitorio, pues la accionante no demostró siquiera sumariamente un perjuicio irremediable en los términos del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, el que ha sido desarrollado por la Jurisprudencia, entre otras, en la sentencia T-449-1998.

De otra parte, haciendo referencia a los artículos 125 y 256 de la Constitución Política, la Ley 270 de 1996, en sus artículos 101, 164 y s.s., y la sentencia C-037-1996 de la Corte Constitucional, indica que el concurso tiene como marco legal y reglamentario el Acuerdo PSAA13-9939 del 25 de Junio de 2013, y el Consejo Superior de la Judicatura, planteamiento que apoya en el Auto del 12 de mayo de 2014, proferido por el Consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve, en proceso 11001032500020130151500; precisando que los aspectos técnicos en el desarrollo y aplicación de las pruebas dentro de los concursos de méritos, se definen con procedimientos estándar avalados mundialmente para este tipo de evaluaciones y no se incluyen en el acuerdo que reglamente la convocatoria.

En cuanto a la prueba de conocimientos de la Convocatoria 022, Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, indicó que varios aspirantes al igual que la accionante señora COBO DORADO, oportunamente interpusieron recurso de reposición contra la Resolución CJRES15-20 del 12 de febrero de 2015, reclamando por la calificación asignada, por diferentes razones, entre ellas: a) Presunto error aritmético en la cuantificación final de la prueba de conocimientos; b) Presunta falla del lente óptico al momento de verificar las respuestas seleccionadas; c) Posibilidad de otorgar al aspirante un puntaje correspondiente a otra persona; con fundamento en los cuales solicitaron entre otros aspectos: a) Revisión manual de las preguntas de las pruebas; b) posibilidad de dejar sin efectos la prueba de conocimientos, al no ser evaluados los temas enunciados en el instructivo para cada especialidad, incluyendo un alto número de preguntas sobre áreas del derecho no relacionadas; c) informar si fueron tenidas en cuenta las habilidades cognitivas de la taxonomía de Benjamín Bloom; d) Las teorías Psicométricas utilizadas de acuerdo al tipo de pruebas y competencias para calificar cada aspirante; f) (sic) presunta elaboración de preguntas sin

199
198
204

posibilidad de respuesta, ambiguas, mal redactadas o con errores ortográficos; g) la presunta inclusión de preguntas que no evaluaban el pensamiento crítico o las capacidades para resolver problemas; h) temas señalados en el instructivo de la universidad de Pamplona vs preguntas contenidas en la prueba de conocimiento; i) confusión de preguntas del Código General del Proceso y Teoría General del Proceso; y j) asignación de un segundo calificador para la revisión de las respuestas de las pruebas; aspectos todos que fueron resueltos en la Resolución No. CJRES15-252 del 24 de septiembre de 2015.

Lo referente a la estructura, elaboración y eliminación de ítems en la prueba Psicotécnica, luego de hacer un discurso sobre las facultades que le otorga la Ley 270 de 1996 y las garantías constitucionales de igualdad de oportunidades de los concursantes, indica que estos no trasgreden los derechos fundamentales invocados por la accionante, cada componente del concurso de méritos no comporta vulneración del derecho al acceso a cargos públicos y garantiza que todos participen en condiciones de igualdad.

Por su parte, la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA se opone al amparo argumentando que la accionante dispone de la acción de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para atacar los actos administrativos y no probó el perjuicio irremediable a precaver con la tutela. Así mismo pregona que ha dado cabal cumplimiento a las obligaciones impuestas por el contrato vigente con el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en lo relacionado con la Convocatoria 22, que no incluye facultades para decidir recursos ni revisar o modificar los puntajes de las pruebas practicadas, lo que impone su desvinculación de la acción o la negativa de la misma por falta de legitimación por pasiva.

III. CONSIDERACIONES.

1. Esta Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali es competente para conocer de la acción de tutela, a prevención conforme lo establece el artículo 86 de la Carta Política, y dado que una de las entidades accionadas es una autoridad del orden nacional.
2. Acorde con ese planteamiento fáctico, corresponde analizar si las entidades accionadas, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA,

200
199
203

UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, han incurrido en vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al acceso a cargos públicos y a la igualdad de la Dra. MAGY MANESSA COBO DORADO, cuya protección proceda por vía de tutela.

Para ello la Sala analizará el contenido y alcance de los derechos fundamentales reclamados, el régimen de la carrera administrativa y los procesos de selección adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la procedencia de la tutela frente a actuaciones administrativas; y finalmente, en el caso concreto, si se infringieron los derechos fundamentales del accionante y si es procedente o no su amparo constitucional.

3. La acción de tutela es un mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, entendiéndose por éstos, aquellos consagrados en la constitución política como fundamentales, por ser inherentes a la persona humana, de aplicación o eficacia directa o inmediata, sin que se requiera de desarrollo normativo para su goce y ejercicio¹; o bien aquellos consagrados en instrumentos internacionales que tratan sobre derechos humanos que prevalecen sobre el ordenamiento interno, integrando el bloque de constitucionalidad; o bien por conexidad con un derecho fundamental o un principio constitucional.

Sea lo primero señalar que los derechos al debido proceso y a la igualdad, indudablemente son fundamentales constitucionales y su protección procedería por vía de tutela en caso de encontrarse vulnerados por la acción u omisión de las entidades demandadas, sin que disponga la accionante de otro mecanismo de defensa judicial de dichos derechos.

En efecto, está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que todas las personas son iguales y deben recibir el mismo trato y protección de sus derechos, libertades y oportunidades por parte de las autoridades, sin que resulte admisible el establecimiento de prerrogativas injustificadas o condiciones que impliquen una discriminación arbitraria, pues tal actuación vulneraría el derecho fundamental a la igualdad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – ha enseñado:

¹ Constitución Política. Art. 85

201
200
206

“...para que tenga operancia la protección de un derecho fundamental no basta con la simple enunciación de su violación, por cuanto se hace necesario que mediante pruebas concretas se demuestre que ésta fue producto de la acción u omisión de las autoridades”².

“Exigencia que cobra mayor relevancia cuando se demanda el amparo del derecho fundamental a la igualdad, pues para determinar la existencia de su violación resulta indispensable confrontar los casos concretos en que el demandado haya actuado de manera diferente frente a dos situaciones idénticas, desde luego que el quebrantamiento se produce cuando, se otorga un trato preferencial de manera injustificada a una de ellas, datos que como se dijo no fueron suministrados por el accionante. Por tanto, no contándose con los parámetros necesarios para establecer la desigualdad mal se puede deducir la vulneración alegada”³.

Ahora bien, para que se configure tal vulneración, el trato discriminatorio y arbitrario debe provenir de la entidad demandada, pues es frente a esta que se reclama la igualdad.

Así mismo, el artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho de toda persona, para que las actuaciones en que tenga interés y que se surtan ante una autoridad administrativa o judicial, se adelanten con sujeción a las normas tanto sustantivas como procedimentales que regulan la materia,⁴ características que son predicables igualmente cuando se trata de actuaciones judiciales o administrativas, y en el caso de los concursos públicos, la Honorable Corte ha reiterado que el trámite de selección debe ajustarse al debido proceso, velando por el cabal cumplimiento de las reglas establecidas en la convocatoria, que regula todas las etapas del proceso de selección, desde la inscripción de los aspirantes, las pruebas que conforman el concurso mismo y la elaboración de las listas finales de registro de elegibles, conjunto de actuaciones que conforman un proceso administrativo en sí.

Sobre el punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha planteado:

² Cfr. Sentencia de 16 de febrero de 1999, exp. No. 5833.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – ha enseñado: Sentencia del 27 de septiembre de 2002, exp. No. T-1100122100002002-11509-01, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-398 de 1994. “Según el artículo 29 de la Constitución Nacional, el derecho fundamental al debido proceso debe observarse tanto en las actuaciones judiciales como administrativas. De acuerdo con esta disposición, toda persona y sus actos deben ser juzgados conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez competente y con la observancia de las formas propias de cada juicio. En sentido amplio el debido proceso es un conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales, administrativos que deben cumplirse, para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea fundamentalmente válida, sino también para que se constituya en garantía del orden y de la justicia. En sentido restringido la doctrina define el debido proceso como todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia.”

202
201
207

“El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior). Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación”⁵

Así pues, la convocatoria es la norma que rige la actuación de los aspirantes y la entidad, durante todo el proceso de selección, sin que les esté permitido apartarse de las reglas previamente establecidas para la definición y ejecución de cada etapa, hasta su culminación.

En el Acuerdo PSAA13-9939 de 2013, que contiene la Convocatoria 22 para el concurso público de méritos para copar las vacantes de funcionarios en la rama judicial, se establecieron las distintas fases, siendo la primera de ellas la prueba de conocimientos y la psicotécnica⁶, cuyo diseño, administración y ejecución corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según prescribe la misma normatividad.

4. Ahora bien, la Acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, es un procedimiento preferente y sumario, mediante el cual se procura la protección de los derechos y libertades fundamentales, razón

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-090-2013, Mag. Pon. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Acuerdo . Fase I. - Prueba de conocimientos y psicotécnica. Los concursantes admitidos al concurso serán citados en la forma indicada en el numeral 6.1 de la presente convocatoria a presentar la (i) prueba de conocimientos y (ii) la prueba psicotécnica. La prueba de conocimientos se encuentra constituida por dos componentes uno general y otro específico relacionado con la especialidad seleccionada. / Para el proceso de calificación se construirán escalas estándar que oscilarán entre 1 y 1.000 puntos. Para aprobar la prueba de conocimientos se requerirá obtener un mínimo de 800 puntos. Sólo a quienes obtengan un puntaje igual o superior, se le calificará la prueba psicotécnica, y sólo quienes aprueben la prueba de conocimientos, podrán continuar en la Fase II del concurso, esto es, el Curso de Formación Judicial.../ El diseño, administración y aplicación de las pruebas, serán los determinados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura...”

203
202
208

por la cual toda persona puede reclamar ante el Juez su protección, cuando considera que le han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los especiales casos consagrados en la ley.

Pero el mismo artículo 86 de la Carta Magna y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de esta acción, pregonan su carácter subsidiario, al condicionarla a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, toda vez que la tutela no está instituida para sustituir los procesos ordinarios o especiales previstos en la Ley, para dirimir las controversias que versen sobre derechos legales, y en consecuencia, su procedencia está supeditada a la carencia de otro medio de defensa judicial, excepto que éste no resulte idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales, y el amparo se reclame como mecanismo transitorio o para evitar un perjuicio irremediable.⁷

Los concursos públicos para el ingreso y ascenso en el desempeño de cargos públicos de carrera, son el instrumento que debe garantizar que la selección se funde en el mérito, en la escogencia basada en la evaluación de las capacidades e idoneidad del aspirante para el ejercicio de la función, y para que dicha actuación administrativa sea objetiva e imparcial debe ceñirse a los postulados del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, surtiendo las distintas etapas con estricto apego a la constitución, la ley y las reglas del proceso selectivo, que se reitera, constituyen ley para las partes.

Y en este punto, es necesario tener en cuenta que dado el comentado carácter residual y subsidiario de la tutela, por regla general no procede contra actos administrativos proferidos en el desarrollo de un concurso público de méritos, pues el afectado dispone de un mecanismo de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y si bien durante varios años la jurisprudencia de la Corte Constitucional sostuvo que en muchos de estos casos ese mecanismo no era idóneo y eficaz, pues la congestión judicial y la tardanza, hacían prever que la decisión llegaría cuando ya el proceso de selección hubiese concluido, haciendo nugatoria la reclamación de quien se sentía afectado en sus derechos

⁷ Al respecto, ha expresado la Corte Constitucional: "Una de las características más importantes de la acción de tutela es su carácter subsidiario y residual. Es decir, no procede como un mecanismo alternativo de defensa judicial y no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer los medios ordinarios de defensa en su oportunidad, o cuando se ejercieron extemporáneamente, o para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias dentro de la jurisdicción correspondiente."

204
203
202

por la exclusión del concurso⁸, también lo es que esa situación fue previa a la promulgación de la Ley 1437 de 2011, en vigencia desde el 2 de julio de 2012⁹, que establece amplias medidas cautelares o previas para la salvaguarda de las prerrogativas, a menos que se presenten situaciones especiales que imponga el amparo constitucional como la única vía para obtener una orden clara y eficaz que garantice el cese o la suspensión de la vulneración, para evitar un perjuicio irremediable.

Este planteamiento ha sido reiterado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que expuso:

“(…) el operador judicial está obligado hoy a efectuar un análisis profuso de los argumentos expuestos en la demanda para definir si es o no procedente la suspensión teniendo como referente su papel qarantista y protector del ordenamiento jurídico, en donde los valores, los principios y derechos fundamentales han de ser el referente para su definición cuando así lo advierta el demandante”, para luego señalar que con esa “(…) nueva concepción de la suspensión provisional (se) busca, entre otros, unificar los poderes del juez contencioso con los del juez de tutela, finalidad que dicho de paso, es propia de todas la medidas cautelares que regula el nuevo estatuto contencioso y, por tanto, la acción de tutela debe recobrar en este campo la naturaleza constitucional que tiene: mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales.”¹⁰.

Y ese criterio ha sido expuesto en términos similares por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al expresar:

“4. En estas condiciones, según lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 6º, del Decreto 2651 de 1991, se torna nugatorio el amparo demandado, ya que si la normatividad ha dado los instrumentos jurídicos para el resguardo de esas prerrogativas, como para el particular evento, siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados para el efecto, son las respectivas acciones contencioso administrativas, e incluso la suspensión provisional que regula el artículo 230-3º de la Ley 1437 de 2011 o C. de P. A. y de lo C. A., ha de recurrirse a ellos y no a la tutela, la que no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, sino que tiene el propósito claro, definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución Política indica, que no es otro diferente de brindar a la persona la protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto

⁸ Ver al respecto las sentencias T-213A de 2011, t-045 DE 2011 y SU 339 de 2011.

⁹ Ley 1437 de 2011. Art. 308 establece como fecha de su vigencia el 2 de julio de 2012, luego de cumplirse el periodo de descongestión de los despachos existentes, la creación de nuevos despachos y la transición prevista.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -Sección Quinta-, Sentencia N° 2013-00036 de 15 de noviembre de 2013. Consejero Ponente (E): Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO.

201
204
210

efectivo de los derechos fundamentales que la Carta reconoce, sin que sirva de excusa para pasar por alto tal presupuesto la esgrimida por el gestor consistente en que «los [...] problemas de congestión judicial [...] harían nugatorias las exigencias de protección» y que «el 99% de los casos los operadores jurídicos se abstienen de decretar las medidas» por cuanto no resulta viable suponer la forma en que ha de pronunciarse el juez natural.”¹¹

En tales condiciones, se impone que en cada caso, el Juez constitucional haga un análisis de la situación planteada, ponderando los derechos fundamentales reclamados y la idoneidad del mecanismo ordinario para la protección de los mismos, así como las pruebas allegadas sobre el perjuicio grave e inminente que puede cernirse sobre los derechos del accionante.

Sobre este aspecto ha señalado la jurisprudencia constitucional:

“En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.”¹²

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Tutela del 27 de enero de 2016. Mag. Pon. Margarita Cabello Blanco. Expediente 76001222100020150014801.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-090 de 2013. Mag. Pon. Luis Ernesto Vargas Silva.

208
285
211

5. En este caso, la Dra. MAGY MANESSA COBO DORADO reclama la nulidad o pérdida de eficacia jurídica de la Resolución que despacho desfavorablemente el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución, mediante la cual se publicó el resultado de la prueba de conocimientos, excluyéndola del concurso al no haber alcanzado el puntaje mínimo exigido para continuar a la siguiente fase, es decir, que cuestiona la legalidad de una actuación que genera el efecto concreto y particular de excluirla del proceso de selección, asunto para el cual dispone de un mecanismo de defensa judicial ordinario como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la cual cuenta con las medidas cautelares previstas en el artículo 231 del CPACA, para conjurar los efectos negativos que la actuación cuestionada pueda generarle.

Máxime que la accionante no acredita ninguna de las situaciones especiales presupuestas de las subreglas mencionadas para la procedencia excepcional, pues no se trata de un acto administrativo de mero trámite o de ejecución del proceso que se encuentra en curso, que se encuentre excluido de control de legalidad, y tampoco se aportan elementos que permitan vislumbrar un perjuicio irremediable, que revista la gravedad e inminencia que solo pueda ser conjurado a través del amparo, haciendo ineficaz el medio ordinario de defensa, en el que por el contrario, se reitera, dispone la accionante de una variedad de medidas cautelares que le aseguran una protección expedita y eficaz.

En este punto resulta pertinente retomar lo expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al confirmar una decisión que declaró improcedente un asunto en que se planteaban idénticos cuestionamientos frente a la calificación de las preguntas excluidas, señalando:

“De manera que el promotor del amparo debe acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa por vía de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, herramientas idóneas para establecer si la actuación censurada se ajusta a los mandatos de las normas superiores y las que el legislador estableció, escenario en el que también está prevista la posibilidad de obtener como medida cautelar la suspensión provisional del supuesto acto ilegal, razón por la que, en palabras de esta Corporación, puede concluirse que «no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable y, por tanto, no puede tenerse en cuenta dicho perjuicio para admitir la presente acción como mecanismo transitorio», ya que «dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, (...) [se] tiene la

20x
20/6
212

*posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera [los] derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio» (CSJ STC, 24 ene. 2007, rad. 2006-00227-01; criterio reiterado en STC7077-2014).*¹³

Y es que además, es ese el escenario propicio para discutir si el control ejercido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA, en asocio con la contratista UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, al excluir de la calificación, algunas preguntas que según los lineamientos técnicos expuestos, no eran idóneas para alcanzar el objetivo de la prueba, que no es otro que medir los conocimientos y destrezas de los aspirantes para el desempeño de los cargos ofertados, constituye una vulneración de las reglas trazadas en la convocatoria, o si efectivamente como afirma la accionada, esos precisos aspectos de número de preguntas, valor de cada una y peso específico en el resultado final no estaban expresamente indicadas en la convocatoria y por el contrario, están contenidas en las facultades que la entidad tiene para el diseño, ejecución y control de las pruebas, como se expresa en el inciso 4° de la Fase I, de la Convocatoria, aspecto enteramente legal, que como tal, desborda la acción constitucional.

Con relación a la vulneración del derecho a la igualdad, de la revisión de los documentos aportados por la Dra. COBO DORADO no se encuentran elementos que permitan concluir que a la accionante se le ha dado un trato desigual y discriminatorio, pues de acuerdo con la respuesta dada por las accionadas, fueron razones técnicas y de estándares aceptados internacionalmente para este tipo de pruebas, las que llevaron a la exclusión de algunas preguntas en la parte general y otras en la parte específica de la prueba de conocimiento, que varían en número según la especialidad, afirmando que las preguntas que se descartaron no eran idóneas o adecuadas para su objetivo, que es medir los conocimientos y la capacidad de los aspirantes para el desempeño de los cargos ofertados, exclusión que implicó que las mismas no fueran tenidas en cuenta al momento de consolidar la calificación correspondiente a todos y cada uno de los aspirantes, lo que a las claras denota que las entidades accionadas no han dado a la accionante un trato arbitrario o caprichoso, y menos aún discriminatorio frente al trato brindado a los restantes concursantes, quedando además en discusión que objetivo podría tener incluir unas respuestas dadas a preguntas mal formuladas, incomprensibles y anti técnicas, como afirman.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia TSC 16698 de 3 de diciembre de 2015. Mag. Pon. Álvaro Fernando García Restrepo. Exp. 76001-22-03-000-2015-00771-01

208
207
213

La accionante, Dra. MAGY MANESSA COBO DORADO reclama que se le otorgue el mismo trato dado al Dr. CARLOS ENRIQUE PINZON, quien al igual que ella, es concursante en la Convocatoria No.22, concurso público de méritos para ocupar cargos de funcionarios en la Rama Judicial, pero no indica cual es la actuación desplegada por las accionadas y que considera vulneradora de su derecho a la igualdad, por el contrario, de la narración que presenta se deduce que en la Resolución por medio de la cual se publicaron los resultados de la prueba de conocimiento, los dos aspirantes recibieron igual trato de la administración, al enterarse de la exclusión mencionada, corroborando lo afirmado por las accionadas, en cuanto a que en este punto, garantizaron el derecho a la igualdad de todos los participantes y que la exclusión de las preguntas se dio previa a la publicación de los resultados de la prueba y se aplicó para todos los concursantes por igual.

De otra parte, la accionante Dra. MAGY MANESSA COBO DORADO pretende que el Juez constitucional le brinde la misma protección dispensada al concursante CARLOS ENRIQUE PINZON MUÑOZ, en la acción constitucional que adelantó ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en la cual el Magistrado Marino Cárdenas Estrada ordenó que las preguntas excluidas le fueran calificadas y se incluyeran en el resultado final de la prueba de conocimientos que presentó.

Al respecto, sea lo primero precisar que la respetable decisión del Magistrado Cárdenas Estrada no es compartida por esta Sala, atendiendo precisamente los argumentos que preceden, además que la misma no constituye precedente obligatorio.

De otra parte, la vulneración del derecho a la igualdad se pregona cuando frente a una misma situación fáctica, la misma autoridad brinda una solución diferente, incurriendo en odiosa discriminación que no obedece a razones objetivas, presupuesto que no corresponde a la situación presente, pues como ya se analizó, las accionadas han tenido frente a los dos concursantes una misma respuesta, y la diferenciación que pregona la accionante no surge de la actuación de las accionadas, sino de una decisión judicial que tiene efectos inter partes.

209
2016
214

En estas condiciones, se impone declarar improcedente la acción de tutela por disponer la accionante de un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la discusión de la legalidad de los actos administrativos que cuestiona, y frente al derecho a la igualdad, no encontrarse acreditada su vulneración.

Por lo expresado, la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR por improcedente la TUTELA formulada por la Dra. MAGY MANESSA COBO DORADO, por los motivos considerados.

SEGUNDO. NOTIFIQUESE a las partes por el medio más expedito, y a todos los interesados a través de comunicación en el link correspondiente, de la página del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

TERCERO. Si esta decisión no es impugnada, remítase a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GLORIA DEL SOCORRO VICTORIA GIRALDO

Magistrada.

JULIAN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Magistrado.

FLAVIO EDUARDO CORDOBA FUERTES

Magistrado.