

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

STP13449-2016

Radicación N° 87829

Aprobado acta N° 301

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Decide la Sala la impugnación interpuesta por FERNANDO ARIAS GARCÍA, JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL, IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ ARBELÁEZ, CARLOS MAURICIO GARCÍA CASAS, INGRID PAOLA ESTRADA ORDÓÑEZ, DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, MANUEL MARIANO RUMBO MARTÍNEZ, DIANA FABIOLA MILLÁN SUÁREZ y la apoderada de la Procuraduría General de la Nación, en contra del fallo proferido el 29 de julio de 2016 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual se concedió la tutela para el derecho fundamental al debido proceso de **ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA**.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante Resolución 040 de 2015, la Procuraduría General de la Nación dio apertura y expidió la reglamentación del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de Procuradores Judiciales I y II de la entidad, según Convocatoria 006-2015, en cuyo proceso de selección se aplicarían 3 pruebas a saber:

(i) De conocimientos de carácter eliminatorio, superable con un mínimo de 75 puntos sobre 100 y cuyo valor porcentual sería del 55%; (ii) de competencias comportamentales de carácter clasificatorio y con valor porcentual del 25% y, (iii) la de análisis de antecedentes, también clasificatoria, con valor del 20%. Además, para ser integrante de la lista de elegibles el concursante debía obtener un puntaje final total, igual o superior al 70%.

Es así, que el artículo 17 de la Resolución 040 de 2015 señala de manera específica los títulos de postgrados que se tendrán en cuenta a la hora de otorgar el respectivo puntaje en la fase de valoración de antecedentes.

La ciudadana ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA se inscribió para el cargo de Procurador Judicial II de la

Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, habiendo aprobado la prueba de conocimientos con un puntaje de 91.88 y 70.55 para la prueba de competencias comportamentales, lo que le permitió continuar en el proceso de selección.

Publicado el puntaje por valoración de análisis de antecedentes el 24 de febrero de 2016, la aspirante obtuvo 32 puntos, de los cuales no se tuvo en cuenta la especialización en legislación tributaria cuyos soportes fueron allegados al momento de la inscripción.

Inconforme con tal determinación efectuó la respectiva reclamación, la que fue resuelta por el Jefe de la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación mediante resolución No. 1641 del 27 de junio de 2016, en el sentido de confirmar el puntaje obtenido en la prueba de análisis de antecedentes, tras advertir que la especialización referida no hace parte de los títulos de postgrados concretamente estipulados para la Convocatoria 006 de 2015.

En tales condiciones ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA promovió demanda de tutela, en procura de amparo para los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo acceso a cargos públicos e información que estima conculcados por la Oficina de Selección y Carrera de la

Procuraduría General de la Nación y la Universidad de Pamplona.

En criterio de la accionante, la entidad accionada no realizó un análisis más profundo y serio sobre el tema propuesto en la reclamación y, en su lugar, a partir de una exigua y escasa argumentación se negó a reconocerle puntaje por la especialización en legislación tributaria, la cual resulta equivalente a la especialización en derecho tributario exigida, siendo ello comprobable con una simple lectura a la descripción de objetivos y plan de estudios establecido para el postgrado realizado.

De otra parte, señaló que del 27 de junio de 2016 se publicaron las respuestas de las reclamaciones presentadas contra la calificación de la prueba de análisis de antecedentes, pero los resultados consolidados finales no se dieron a conocer, transgrediendo con ello los principios de publicidad y transparencia inherentes a las actuaciones de las entidades públicas, contraviniendo con ello sus derechos al debido proceso e información toda vez que tal omisión le impidió continuar con el seguimiento respectivo.

En tal sentido, precisó que mediante resolución No. 345 del 8 de julio de 2016 fue publicada la lista de elegibles, en la cual se indicó el puntaje total de cada aspirante, habiendo

quedado ubicada en el puesto 144, sin especificar el número de inscripción ni los resultados parciales como se venía haciendo, lo que impide una revisión general del proceso con el fin de verificar su correcto desarrollo, que en su caso resulta de gran importancia dado que su ubicación en la lista de elegibles difiere mucho de lo publicado el 19 de abril.

De acuerdo con lo anterior, solicitó que a fin de restablecer los derechos fundamentales invocados, se ordene a la Procuraduría General de la Nación modificar la resolución No. 1641 del 27 de junio de 2016, en el sentido valorar y otórgale 7 puntos por el título de especialización en legislación tributaria, los cuales deberán sumarse a los resultados y computarse con el puntaje total *“con la consecuente modificación de la lista de elegibles”*.

Asimismo, peticionó que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, hacer públicos los *“resultados finales y definitivos de todos los concursantes de la convocatoria No. 006-2015 en la prueba de análisis de antecedentes”*.

II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida la demanda tutelar, en auto del 15 de julio de año en curso, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín

dispuso la notificación de las accionadas Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona, a la vez que ordenó la publicación en la página web de la Procuraduría General de la Nación, sobre el trámite de la presente acción en orden a garantizar su publicidad frente a terceros que eventualmente pudieran resultar afectados con la decisión. En el mismo proveído, negó la medida provisional solicitada por la accionante.

La apoderada de la Procuraduría General de la Nación acudió al trámite, precisando que el título a que se refiere la accionante no otorga puntaje alguno porque no hace parte de los postgrados señalados taxativamente en la convocatoria, en los términos de la norma reguladora del concurso, esto es, la Resolución 040 de 2015.

Destacó que lo pretendido por lo actora es cambiar las reglas del concurso abierto de méritos, las que desde un principio fueron conocidas por ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA y cuya aplicación es obligatoria frente a todos los participantes en igualdad de condiciones, en orden a garantizar el debido proceso.

Puntualizó que la acción de tutela emerge improcedente, pues lo pretendido por la accionante es controvertir la Resolución 040 de 2015 y no la resolución

1641 de 2016 que definió adversamente la reclamación, esto es, el ataque se dirige contra un acto administrativo de carácter general, el cual puede ser atacado en la jurisdicción contenciosa, sin que en este caso concurra un perjuicio irremediable.

Destacó que la convocatoria constituía una mera expectativa centrada en un eventual derecho particular y concreto que es el de acceder al cargo para el cual concursó, sin que ello pudiera vulnerar el derecho al trabajo o el acceso a cargos públicos

Por último, precisó que desde un comienzo los participantes saben que los resultados son de carácter personal. Sin embargo, en cumplimiento de un fallo de tutela se publicaron los resultados parciales de la prueba de análisis de antecedentes de la convocatoria 006-2015, pero por reglamento del concurso no es posible publicar los resultados anteriores a las verificaciones de las reclamaciones sin autorización expresa de cada uno de los concursantes inscritos.

De acuerdo con lo anterior, afirmó que esa entidad no ha incurrido en actuación que comporte la afectación o lesión de los derechos invocados, por lo que deprecó la negativa del amparo pretendido.

El Coordinador de la Oficina de Gestión de Proyectos de la Universidad de Pamplona solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones del actor, para cuyo efecto indicó que acorde con el contrato interadministrativo 179-097 de 2014 suscrito con la Procuraduría General de la Nación, su actividad en el concurso convocado ha sido de simple operador, para lo cual desplegó las acciones administrativas necesarias para cumplir con todas las fases del proceso concursal y garantizar que pudieran interponerse reclamaciones de cara a los resultados de las pruebas, sin vulnerar derechos, pues se ciñeron a las normas que regulan tal clase de procedimientos.

Por lo demás, esbozó similares argumentos a los expuestos por la Procuraduría General de la Nación, en cuanto a que la accionante no cumplió con el requisito establecido en la Resolución 040 de 2015, en lo relativo a los títulos de postgrados válidos para otorgar puntaje en la etapa de análisis de antecedentes, dentro de los cuales no figuraba el de especialización en legislación tributaria y por tal motivo no podía asignársele puntuación, pues la convocatoria definía taxativamente los títulos que para ese efecto podían tenerse en cuenta.

III. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de Medellín tuteló el derecho

fundamental al debido proceso administrativo de ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA, al considerar que en este caso la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial para alcanzar sus pretensiones, toda vez que no se trata de controvertir el contenido de la Resolución No. 040 de 2015 – reglamentaria del concurso-, sino de aclarar si el título de “*Especialista en Derecho Tributario*” puede equipararse al de “*Especialista en Legislación Tributaria*”, exigido en el artículo 17 de la citada resolución y conforme a ello tener mayor puntaje en la prueba de análisis de antecedentes.

En ese sentido, luego de precisar sobre el alcance de los conceptos de “*Derecho Tributario o Derecho Fiscal*” y “*legislación tributaria*”, afirmó que existe un objetivo común en punto del conocimiento que alcanzan los egresados de dichos postgrados, por lo que, siguiendo los lineamientos que orientaron un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal (CJS STP16437-2014), concluyó que la determinación de las accionadas de no validar la especialización en legislación tributaria a la actora, se reduce a un aspecto gramatical y no a un criterio objetivo.

De otra parte, indicó que le asiste razón a la accionante al pretender que la Procuraduría General de la Nación publique los resultados de las reclamaciones tramitadas sobre la prueba de análisis de antecedentes, porque es el mecanismo ideal para que cada uno de los aspirantes a los

cargos públicos, tengan conocimiento del avance en las etapas del concurso, en virtud de lo consagrado en el artículo 33 de la Ley 909 de 2004 que contempló como medio principal de notificación en los concursos de mérito, la publicación en la página web de la respectiva entidad, sin perjuicio que pueda ser complementado a través de correo electrónico.

Por último, no acogió la solicitud de improcedencia de la acción elevada por el tercero interviniente FERNANDO ARIAS GARCÍA, porque precisamente la vulneración de derechos fundamentales opera como excepción frente a la firmeza de la lista de elegibles conformada en un concurso de méritos.

Para hacer efectivo el amparo concedido, el Tribunal Superior de Medellín ordenó al Procurador General de la Nación, en coordinación con la Universidad de Pamplona, que en el término de 10 días contados desde la notificación del sentencia de tutela, reconozca la especialización en legislación tributaria como parte integrante de la prueba de análisis de antecedentes y conforme a ello, modifique el puntaje total y la lista de elegibles. En el mismo plazo, deberá publicar en la página web de la entidad, el resultado de las reclamaciones presentadas sobre la prueba de análisis de antecedentes y el consolidado de cada uno de los aspirantes.

IV. LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de la Procuraduría General de la Nación impugna la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y para sustentar el recurso, retoma los argumentos contenidos en el escrito de oposición presentado dentro del término de traslado de la demanda, a los cuales agrega que en esta oportunidad debe considerarse que existen innumerables precedentes jurisprudenciales mediante los cuales diversos jueces del país han coincidido en negar el amparo en casos similares al aquí planteado, atendiendo las competencias claras del Procurador General de la Nación al momento de establecer las reglas y requisitos de la convocatoria en mención.

También presentaron impugnación frente al fallo FERNANDO ARIAS GARCÍA, JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL, IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ ARBELÁEZ, CARLOS MAURICIO GARCÍA CASAS, INGRID PAOLA ESTRADA ORDÓÑEZ, DIANA FABIOLA MILLÁN SUÁREZ, DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ y MANUEL MARIANO RUMBO MARTÍNEZ¹, quienes deprecian la revocatoria del amparo concedido exponiendo para el efecto postulaciones que coinciden en su formulación y desarrollo, por lo que pasan a sintetizarse así:

¹ Quienes hacen parte de la lista de elegibles de la Convocatoria 006-2015, Procurador Judicial II, Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa.

- (i) No existió pronunciamiento de fondo frente a la acumulación de tutelas que con fundamento en el Decreto 1834 de 2015 se solicitó, tras haber informado en el trámite de la acción que las mismas irregularidades planteadas por la aquí accionante, fueron objeto de estudio por primera vez por parte del Tribunal Superior de Cali – Sala Civil, Magistrado HERNANDO RODRÍGUEZ MESA, dentro de la acción de tutela radicada bajo el No. 2016-560, donde figura como accionante MARTHA CECILIA ARMERO BENÍTEZ.
- (ii) Emitidas las listas de elegibles se hace improcedente la tutela, según lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado.
- (iii) De acuerdo con los fallos de tutela emitidos por la Corte Suprema de Justicia, en sede del amparo excepcional no es procedente debatir la legalidad de las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación en la fase de valoración de los antecedentes de los concursantes, ni tampoco para asumir un debate sobre interpretación legal como el que plantea la demanda de amparo, toda vez que para ello se tiene prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- (iv) Los títulos de especialización a presentar en la convocatoria son claros y por tanto no deben

discutirse por parte del juez de tutela.

- (v) Existen diferencias entre legislación tributaria y derecho tributario, dado que la primera de las mencionadas tiene un campo de estudio limitado a las leyes y normas técnicas que rigen la materia, mientras que la especialización en derecho tributario presenta un sentido jurídico amplio, en tanto que abarca no solo normatividad sino que además incluye su análisis desde un punto de vista crítico, frente a la jurisprudencia nacional e internacional, además de plantear reformas que permitan una tributación más equitativa.
- (vi) No se cuenta con la información suficiente y concerniente a la especialización en legislación tributaria adelantada por la accionante y la señalada en la convocatoria, para entrar a determinar que en efecto son equivalentes como se afirma en el fallo.
- (vii) Con la providencia impugnada se crea un plus en beneficio de la demandante respecto a la puntuación y en desmedro de otros aspirantes que habiendo cursado la especialización en legislación tributaria, se abstuvieron de acreditarla, pues entendieron que la válida era la de derecho tributario, todo lo cual implica que el juez de tutela modificó los requisitos o

reglas propias del concurso a favor de un solo aspirante.

(viii) Desconocimiento de la naturaleza subsidiaria de la tutela instituida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, habida cuenta que en el caso que hoy nos ocupa la accionante bien pudo discutir en su momento a través de una acción de simple nulidad el acto administrativo en virtud del cual no se otorga puntaje a la especialización en legislación tributaria, y no esperar más de un año de su expedición para proponer dicha discusión vía tutela, en perjuicio de todos los concursante que tienen expectativas legítimas para acceder a los cargos, a lo cual se suma que no está claro el perjuicio irremediable porque la actora no se encuentra dentro del umbral de elegibles conforme al número de cargos a proveer.

(ix) Falta del requisito de inmediatez, por cuanto la accionante está controvirtiendo mediante tutela, la legalidad de un acto administrativo de carácter general dotado de presunción de legalidad, que conoció desde el 20 de enero de 2015, es decir hace más de un año y seis meses, cuando se determinó cuáles eran los títulos de postgrado que podían ser objeto de calificación en el análisis de antecedentes en igualdad para todos los aspirantes.

- (x) El amparo otorgado se erige en una violación al principio de confianza legítima de quienes integran la lista de elegibles, toda vez que se les sorprende con reglas nuevas y con la modificación de situaciones particulares de derecho consolidadas.
- (xi) Solicitan aclaración de los efectos interpartes, inter pares o intercomunis de la sentencia, de tal forma que se precise dicho aspecto para saber de cara a cada una de las posibilidades, si el proceso de selección y conformación de la lista de elegibles se verán afectados.
- (xii) DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, subraya que el caso citado en la providencia impugnada como argumento de autoridad para conceder el amparo, difiere con el supuesto de hecho de que trata la presente acción y no guarda una analogía fáctica válida, por cuanto en dicho caso aún no se había proferido una lista de elegibles, única circunstancia que permitía en ese momento la decisión adoptada.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con la preceptiva del artículo 1°, numeral 2° del Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la

impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, del cual es su superior funcional.

Cuestión preliminar.

En cuanto a la acumulación de la presente actuación a la acción de tutela radicada bajo el No. 2016-560, que se dice fue la primera en tramitarse por los mismos hechos ante el Tribunal Superior de Cali – Sala Civil, si bien le asiste razón a los impugnantes cuando afirman que en el fallo no se resolvió la solicitud que en ese sentido elevaron durante el trámite de primera instancia, -invocando los alcances del Decreto 1834 de 2015-, lo cierto es que el momento oportuno para atender dicho pedimento era antes del proferimiento del fallo, de ahí que por tratarse de una omisión de tal naturaleza que no comporta irregularidad significativa y transcendental con repercusiones sustanciales en la decisión adoptada, ningún pronunciamiento se emitirá en esta sede.

Cuestión de fondo.

Ha sido constante la posición de la jurisprudencia de esta Corte al señalar que uno de los principios esenciales que orienta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, es el de subsidiariedad, el cual hace

referencia a la ausencia de un mecanismo jurídico eficaz capaz de salvaguardar, de manera oportuna, los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

Con esas características, la acción de tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o adicional para reclamar la protección ante una amenaza o vulneración de un derecho, ni puede ser utilizada como un recurso o una instancia más, pues su finalidad no es la de reemplazar esos procedimientos. La acción de tutela consolida la defensa de derechos en aquellos eventos en que existe un verdadero vacío legal de medios para cumplir con la protección de las diversas garantías de primer grado².

Ahora bien, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que regula la acción de tutela, estableció como causal de improcedencia, que existan *“otros recursos o medios de defensa judiciales”*, dejando a salvo, que su utilización es viable como *“mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, advirtiendo que la existencia de tales instrumentos sería apreciada *“en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

² CSJ Radicación 78020 de 12 de febrero de 2015

Bajo esa línea se estructura uno de los requisitos de procedibilidad del amparo constitucional, esto es, su carácter subsidiario o residual, porque sólo procede ante la ausencia de un instrumento constitucional o legalmente creado para ser utilizado mediante las vías ordinarias.

Según viene de reseñarse, el cercenamiento de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo acceso a cargos públicos e información que estima conculcados la ciudadana ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA, se hace derivar, de la decisión en virtud de la cual no le fue otorgada puntuación por la especialización en legislación tributaria realizada, dentro de la etapa de análisis de antecedentes surtida en desarrollo del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de Procuradores Judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación, que le representaría 7 puntos y le permitiría posicionarse en un mejor puesto al que actualmente ocupa en la lista de elegibles (144).

Ahora bien, los fundamentos jurídicos mediante los cuales la Procuraduría General de la Nación no tuvo en cuenta el título de especialista en legislación tributaria en la prueba de análisis de antecedentes, conforme se desprende de la resolución 1641 del 27 de junio de 2016 que definió la reclamación presentada por la accionante, se concreta en que la misma *“no es objeto de puntuación toda vez que no*

hace parte de los títulos de postgrados específicos para la convocatoria 004-2015 y tampoco corresponde a los títulos establecidos para otorgar puntaje para todas las convocatorias”, de manera que otorgar puntaje por dicho título iría “en contra de la Resolución 040 de 2015”, que es la norma reguladora del concurso y obliga a la administración y participantes.

El artículo 17 de la resolución reglamentaria del concurso, en precedencia citada, en cuanto a los criterios y valores de puntuación en la prueba de análisis de antecedentes expresa que *“únicamente se otorga puntaje a los posgrados (especializaciones, maestrías, doctorados o posdoctorados en derecho) que sean específicos respecto de la convocatoria y empleo correspondiente...”* y frente a la que la accionante se inscribió, esto es, la 006-2015. El título que anexó, *“Especialista en Legislación Tributaria”*, no figura entre los postgrados que permitían obtener puntaje por área de trabajo específica, como tampoco en las titulaciones que otorgaban en forma general puntaje para los cargos de todas las convocatorias.

En ese orden de ideas, sobreviene lógico colegir que para ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA, no era desconocido cuando se hizo partícipe de la invitación realizada por la Procuraduría General de la Nación a través de la Resolución 040 del 20 de enero del 2015, por ser el acto administrativo que dispuso la apertura del proceso de convocatoria para

proveer, entre otros cargos el de Procuradores Judiciales II – Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, cuáles títulos de postgrados otorgaban puntaje en la prueba de análisis de antecedentes, dentro de los que ciertamente no figura el que pretende se le convalide a través del amparo constitucional.

De manera tal que esa situación implica que desde el mismo momento de la apertura del proceso de selección a través de la Resolución 040 del 20 de enero del 2015 y consiguiente inscripción al cargo ofertado, que transcurrió entre el 16 y 20 de febrero de 2015, la accionante conoció que el título de *“Especialista en Legislación Tributaria”* no le reportaría puntuación adicional en la prueba de análisis de antecedentes, por no estar contenido entre los postgrados estipulados para ese efecto ni como título específico para el empleo al que aspiró, ni en los aplicables para todas las convocatorias.

En consecuencia, si no estaba de acuerdo con la exclusión que en dicho aspecto emergía frente al título que aspiraba a que se le valorara, bien pudo demandar el acto administrativo de apertura de la convocatoria, pero al no hacerlo aceptó las exigencias en él previstas, pues no existe duda en cuanto a que la convocatoria constituye la norma que regula todo concurso y a ella se obligan tanto la entidad convocante del concurso como, también, todos los participantes.

Al respecto conviene evocar la sentencia de la Corte Constitucional T-654 del 5 de septiembre del 2011 en la que se sostuvo:

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

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.”

Súmese a lo dicho que encontrándose las reglas del

concurso contenidas en la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, emerge evidente la improcedencia de la tutela como mecanismo único para proteger derechos fundamentales amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición del reseñado acto administrativo, no solo porque para controvertir su legalidad, el ordenamiento jurídico ha previsto las acciones contencioso administrativas, dentro de las cuales se pueden solicitar, medidas cautelares, tales como la suspensión del acto administrativo, prevista en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, sino, además, por la falta de inmediatez que revela la situación, pues desde la resolución convocante del concurso, atrás anotada, que revelaba que el postgrado aducido por la accionante no estaba enlistado como uno de los títulos representativos de puntaje adicional, y la fecha de presentación de la demanda tutelar, 14 de julio de 2016, transcurrieron más de 16 meses, pasividad que no deviene aceptable y que abriría espacio para que se acudiera a la tutela sin atender un término razonable, que es, en últimas, lo que explica la necesidad de acudir a este instituto preferente y sumario, caracterizado por el principio de celeridad y la protección inmediata que demanda³.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia del amparo como único mecanismo de defensa al alcance de la accionante, conviene evocar que la jurisprudencia

³Sentencias C-543 de 1992 y SU-961 de 1999

constitucional⁴ ha trazado dos subreglas frente a 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, es decir que procede de manera excepcional, siempre y cuando:

“...el accionante la ejerza 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, 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”.

Contrastado lo anterior con la circunstancias particulares de la accionante, se tiene que la aplicación de esta última subregla se ha dado cuando el accionante ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no es nombrado en el cargo público para el cual aspiraba, circunstancia ésta en la que ha concluido la jurisprudencia 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, situación que no se presenta en este caso habida cuenta que el puesto que en el estricto orden de mérito le correspondió a la accionante en la lista de elegibles contenida en la Resolución 345 del 8 de julio de 2016 dista mucho de ser el primero, pues ocupó el “144”.

⁴ C.C. T-090 de 26 de febrero del 2013

Además, la peticionaria no justificó la ineficacia de los medios ordinarios, pues si bien reconoció su existencia, no juzgó que las medidas que pudieran adoptarse resultaran oportunas para el reconocimiento de los derechos invocados. De donde surge insistir, que desde el mismo momento en que se publicó la convocatoria, 20 de enero de 2015, y aquel en el que la accionante se hizo partícipe se le brindó la oportunidad procesal de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar la respectiva resolución y deprecar alguna medida cautelar, pero no lo hizo.

Y es que frente la existencia de un perjuicio irremediable que haga impostergable el amparo solicitado, entendido éste como *“aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico⁵”*, resulta claro que en este caso, la inminencia o proximidad de la amenaza o vulneración, el daño, con grado de certeza, la gravedad que le haya ameritado un detrimento, moral o material, significativo y determinable jurídicamente que hiciera necesaria la adopción de alguna medida, no se observa en la actuación, en razón a que frente al concurso la accionante hasta ahora

⁵ T-348 de 24 de julio de 1997

solo tiene una expectativa de nombramiento en la medida que las vacantes ofertadas se vayan ocupando con los aspirantes que la anteceden en la lista de elegibles.

Lo reseñado lleva a inferir que no existe acto arbitrario o injusto por parte de las autoridades accionadas que amerite la protección de los derechos fundamentales invocados, pues no se trata de una omisión en la valoración del documento aportado sino el incumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 17 de la Resolución 040 de 2015 para ser valorado y puntuado bajo el criterio de *“títulos de postgrado”*, de manera que ante la inexistencia del supuesto fáctico estructurante del proceder ilegítimo que se requiere para el otorgamiento de la protección constitucional, se descarta, entonces, la procedencia de la acción de tutela.

Por tanto, no es de la competencia del juez de tutela entrar a reconocer un derecho en los términos expuestos por la accionante, pues de considerar e insistir que le asiste derecho a que se valore la especialización en legislación tributaria a partir de la interpretación armónica que pueda llegar a hacerse de la resolución convocante del concurso, el Decreto 262 de 2000 y la Resolución 253 de 2012, puede acudir a las acciones ya referidas para que dicha situación contenciosa la dirima la jurisdicción respectiva.

De manera tal que tampoco encuentra la Sala que el

procedimiento adoptado por la Procuraduría General de la Nación sea irrazonable o violatorio del derecho a la igualdad, pues no se ofrece un parámetro de comparación válido que permita inferir la conculcación de tal derecho fundamental, es decir que a otro aspirante al mismo cargo que haya presentado la misma clase de título si se le haya reconocido puntuación por él.

Razonar de manera distinta sería tanto como vulnerar los derechos fundamentales de todos aquellos concursantes a los que en similares circunstancias a las de la accionante tampoco se les tuvieron en cuenta postgrados en otras especialidades, precisamente, por no figurar enlistados en las convocatorias ofertadas. Eso sí devendría no solo desigualitario sino discriminatorio, pues se estaría privilegiando a un aspirante sobre los demás y modificando las condiciones fijadas al inicio de la convocatoria, con propósitos individuales.

Cuando, precisamente, para mayor transparencia en el concurso, la oferta del cargo se hace de tal manera, que los aspirantes puedan tener conocimiento de las condiciones y etapas por las que avanzará el proceso de clasificación, con el propósito que los candidatos puedan elegir voluntariamente su participación, si consideran que reúnen los requisitos, dado que una vez realizada la publicación no podrá modificarse la misma agregando o eliminando

requisitos con propósitos particulares, como lo pretende la accionante, porque afectaría la confianza que se ha depositado en la administración, por ello, la entidad que realiza la oferta no puede exigir a los elegibles requisitos diferentes o adicionales a los reportados en la convocatoria ni estos pueden pretender que, a su arbitrio, los mismos se adecuen acorde con sus personales intereses.

Por lo anterior, se aprecia que la actuación que se denuncia como agresora de los derechos de la demandante, tiene origen y soporte en el cumplimiento de la ley, la cual ha sido respetada en un todo por las accionadas, porque tratándose de una actuación reglada, después de estudiarse si las entidades demandadas desbordaron sus facultades, la Sala encuentra que su proceder no fue arbitrario ni violatorio de derecho fundamental alguno, sino que en todo momento se ha ceñido a la normatividad que lo rige, lo que se traduce en que esa actuación legítima no pueda ser causa de la violación denunciada.

Asimismo, debe destacarse que la accionante ha tenido acceso a todas y cada una de las etapas del concurso de méritos, conociendo sus finalidades y consecuencias, así como que los requisitos exigidos eran conocidos por todos los aspirantes, de manera que el hecho de que en el proceso final no esté de acuerdo con el puntaje asignado, pone de presente que el amparo constitucional no es el medio adecuado para

dilucidar tal situación, sobre lo cual ya existe una decisión definitiva de la entidad.

Por último, impone señalar que le asiste razón al impugnante DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, cuando afirma que el caso citado por el juez constitucional *a quo* como argumento de autoridad para conceder el amparo, difiere con el supuesto de hecho de que trata la presente acción, pues en aquella oportunidad la Sala, dada la fase inicial por la que atravesaba el concurso, esto es, no se había conformado la lista de elegibles como sí sucede en este caso, abordó el estudio de un asunto en el que se daban los presupuestos fácticos para admitir la intervención del juez constitucional, habiéndose concluido que la aspirante fue excluida del proceso bajo un criterio discriminatorio.

Conforme viene de verse, emerge claro que la actuación acusada no es susceptible de ser intervenida en sede de tutela. Por lo tanto, lo procedente es revocar el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y en su lugar, negar por improcedente el amparo constitucional invocado por ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

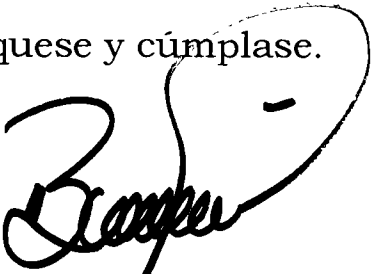
RESUELVE

1.- REVOCAR el fallo impugnado y, en su lugar, **NEGAR** por improcedente las pretensiones de la demanda de tutela promovida por la ciudadana **ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA**, de acuerdo con las razones señaladas en la anterior motivación, por las razones expuestas en esta providencia.

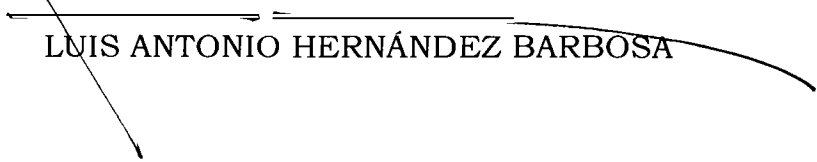
2.- NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

Notifíquese y cúmplase.


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria