



RECIBIDO Enero 27 de 2022
00000029

Olga Osorio

HORA: 12:48 pm

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

Bello, Enero veintiséis de dos mil veintidós

Sentencia No 12 de 2022

PROCESO	Acción de tutela
ACCIONANTE	Argemiro de Jesús Henao Marín
ACCIONADOS	Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y Concejo del Municipio de Bello
RADICADO	0588400300220210129101
PROCEDENCIA	Reparto
INSTANCIA	Primera
PROVIDENCIA	Fallo de tutela No 8 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Tutela de los derechos constitucionales fundamentales de la igualdad, legalidad y acceso a cargos públicos
DECISIÓN	Niega suplicas del accionante, confirma fallo de primera instancia por lo exclusivamente expuesto en esta providencia

Procede este Despacho a resolver la impugnación formulada por el señor, Argemiro de Jesús Henao Marín frente al fallo de tutela proferido, el día 29 de Noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Civil de Oralidad Municipal de Bello en el trámite de la acción de tutela, formulada por el citado señor en contra del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y el Concejo del Municipio de Bello.

ANTECEDENTES.

El fallo de tutela proferido por el Juzgado Cognoscente, dispuso entre otras cosas : “ PRIMERO: DECLARAR que el Tecnológico de Antioquia y El Concejo del Municipio de Bello NO incurrieron en la amenaza ni en la trasgresión a los derechos a la igualdad, legalidad y al acceso a los cargos públicos del accionante Argemiro de Jesús Henao Marín. En consecuencia, no se acceden a las pretensiones elevadas por la parte accionante.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela instaurada por Argemiro de Jesús Henao Marín contra Tecnológico de Antioquia y El Concejo del Municipio de Bello, por todo lo expresado en la parte motiva de este fallo.”.

Las partes de este asunto, fueron notificadas vía correo electrónico del fallo de tutela, el día 30 de Noviembre de 2021; el accionante, impugnó la citada decisión, mediante escrito allegado, vía correo electrónico institucional, el día 2 de Diciembre de 2021, la cual fue concedida por auto

del día 7 de Diciembre de 2021, se ordenó remitir el expediente a los Juzgados Civiles del Circuito de Bello para lo de su competencia.

El expediente fue enviado vía correo electrónico al Centro de Servicios del Municipio de Bello- el día 7 de Diciembre de 2021 a las 4:02 PM y repartido al Juzgado Segundo Civil de Oralidad del Circuito de Bello, el mismo día a las 4:52 PM.

DE LA IMPUGNACION.

El accionante, manifestó al respecto :

DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

El día 9 de Diciembre de 2021, expediente fue pasado al Despacho del Señor Juez para proferir el fallo, que corresponde.

DERECHOS INVOCADOS.

Los derechos constitucionales fundamentales de la igualdad, legalidad y el acceso a cargos públicos.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

Es competente este Despacho Judicial para conocer en segunda instancia de esta acción de tutela, acorde con lo preceptuado por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991: Superior Funcional del Juzgado Segundo Civil de Oralidad Municipal de Bello.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, contempla la Acción de Tutela, en los siguientes términos : “ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales, cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La función que la Constitución Política de 1991, le atribuye a la Corte Constitucional es la de velar por la vigencia de los Derechos Fundamentales, los cuales la misma Constitución Política especifica en su Título II, Capítulo I, artículos 11 al 41 los cuales son Derechos que fueron

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.

RDO 05088400300220210129101.

consagrados como "Fundamentales" por el Constituyente Primario, y son solo estos los que son motivo de tutela, tal como lo señalan los artículos 86 de la Carta Política y artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. Entre los Derechos Fundamentales contemplados en dichas normas se encuentran: la Vida, la Libertad, la Igualdad, la Personalidad Jurídica, la intimidad Personal y Familiar, al Buen Nombre, al Habeas Data, Libre Desarrollo de la Personalidad, la Libertad de Cultos entre otros, los cuales se denominan también Derechos de Primera Generación.

En el Título II, Capítulo II, artículos 42 al 77, la Constitución Política indica cuales son Derechos que fueron consagrados como "Fundamentales" por el Constituyente Primario como Derechos de Segunda Generación y entre ellos están los Derechos Fundamentales del Niño, la Seguridad Social y la Atención de la Salud entre otros.

Igualmente, la Corte Constitucional, ha establecido que algunos de los derechos constitucionales fundamentales, son autónomos, que por lo tanto estos gozan de protección a través de la acción de tutela.

Los Derechos Fundamentales mencionados son salvaguardados mediante la acción de tutela, siempre y cuando no se disponga de otra vía judicial o existiendo esta, no es ella la adecuada para evitar la vulneración del derecho. La acción de tutela no ha sido concebida como instrumento para sustituir los medios de defensa judicial sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que estos no abarcan o no lo hacen en forma eficiente.

En materia de tutela, las normas jurídicas aplicables de forma preferente, corresponden a lo que ha denominado la Corte Constitucional, el Bloque de Constitucionalidad.

El citado bloque, se compone de las normas que hacen parte de la Constitución Política, conforme el artículo 4 de la citada norma, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, contemplados en el artículo 93 de la misma normatividad y el precedente constitucional, que se encuentra regulado en el artículo 243 de esta normatividad y que la Corte Constitucional en la sentencias de constitucionalidad abstracta o concreta ha pronunciado sobre el tema.

Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

El artículo 125 de la Constitución Política establece el mérito como principio de acceso a los empleos en las entidades del Estado al indicar que por regla general los cargos públicos son de carrera y que su ingreso se realiza

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.

RDO 05088400300220210129101.

a través de un sistema de selección objetivo : “ Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y en ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”.

En la sentencia T-340 del 2020 MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte Constitucional, se pronunció acerca del mérito en los concursos públicos para el acceso a cargos públicos. Dijo la Corporación : “ **3.5. El principio constitucional del mérito como principio rector del acceso al empleo público.**

3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Según lo ha explicado esta Corporación¹, la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la

¹ Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito "constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."².

3.5.2. El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009³, en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política", esta Corporación afirmó que : " Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa⁴. Así pues, el sistema de concurso 'como regla general regula el ingreso y el ascenso' dentro de la carrera⁵ y, por ello, 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos', pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual 'el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes'⁶.

El concurso es así 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 las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el

² Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante'⁷."

3.5.3. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004⁸, entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como "un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial y que esta entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.

Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso⁹, en los siguientes términos: La primera de ellas es la convocatoria, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es el reclutamiento, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las pruebas, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la elaboración de la lista de elegibles, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012¹⁰, estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el parágrafo 1 de este artículo se dispuso que:

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

⁸ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

⁹ Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

¹⁰ Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

“Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”.

3.5.4. En vigencia de estas normas, la Corte se pronunció varias veces sobre el problema jurídico sometido en esta ocasión a consideración de la Sala, esto es, la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009¹¹ estableció que una lista de elegibles genera en las personas un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad, de manera que la consolidación del derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”, razón por la cual, las listas de elegibles, una vez publicadas y en firme, son inmodificables.

Posteriormente, en la Sentencia SU-446 de 2011¹² estudió el caso de algunos integrantes de listas de elegibles para ocupar cargos en la Fiscalía General de la Nación, que reclamaban ser nombrados en cargos no convocados inicialmente. En esta decisión se negaron las pretensiones de los accionantes, con fundamento en que el propósito de la lista de elegibles es que se provean las vacantes para los cuales se realizó el concurso, por lo que durante su vigencia solo puede ser usada para ocupar los empleos que queden vacantes en los cargos convocados y no en otros. Al respecto, en la referida sentencia se señaló que : " Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

¹¹ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso."

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-654 de 2011¹³, al decidir sobre las pretensiones de una concursante que ocupó un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de vacantes convocadas, pero que solicitó su nombramiento en un cargo equivalente que fue creado con posterioridad a la convocatoria."

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA.

Los requisitos de procedibilidad o formales de la acción de tutela, son los siguientes : legitimación en la causa por activa y por pasiva; principio de la inmediatez; la subsidiariedad y la relevancia constitucional.

Legitimación en la causa por activa.

Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

En relación con la procedencia de una acción de tutela interpuesta por un agente oficioso, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del demandante, "se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante."⁶

De igual manera, la Corte ha determinado que la agencia oficiosa encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, y como tal, pretende lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños, las personas de avanzada edad y/o en situación de discapacidad, entre otras.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado unos presupuestos, necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, estos son: a) la manifestación del agente oficioso de que actúa en dicha calidad; y b) la circunstancia real de que el titular

¹³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, bien sea porque está dicho expresamente en el escrito de tutela, o se deduzca del contenido de la misma⁷.

Legitimación en la causa por pasiva.

La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.⁸

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares. En los casos objeto de estudio se advierte que las entidades accionadas son entidades prestadoras del servicio público de salud, motivo por el cual están legitimadas por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 superior y 42 del Decreto 2591 de 1991.

Principio de la Inmediatez.

El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo¹⁴, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales¹⁵.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable¹⁶.

Particularmente, en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gestación, la jurisprudencia ha valorado, alternativamente, dos aspectos para establecer el cumplimiento de la exigencia de inmediatez: (i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable y (ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto.

Subsidiariedad.

Según el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces

¹⁴ Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁵ Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹⁶ Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable¹². En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

(i)A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹³, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal¹⁴.

(ii)Si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que éste se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones¹⁵.

De otro lado pero en el mismo sentido, la Corte Constitucional, se pronuncio en la sentencia T- 160 del 2018 MP Luis Guillermo Guerrero Pérez :
" 4.4. **De la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso. Reiteración de jurisprudencia**¹⁶

4.4.1. Dos de las principales características que identifican a la acción de tutela son la subsidiariedad y la residualidad. Por esta razón, dentro de las causales de improcedencia se encuentra la existencia de otros medios de defensa judicial, cuyo examen –conforme con lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991– debe ser realizado a partir de las circunstancias de cada caso en concreto¹⁷. Por esta razón, se ha dicho que esta acción solo “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”¹⁸. Lo anterior, como lo ha señalado esta Corporación, obedece a la lógica de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, (i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999¹⁹, al considerar que “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea y eficaz, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales²⁰.

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible²¹. Este amparo es eminentemente temporal, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos : “ en el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos²². En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008²³, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

En cuanto al segundo evento, este Tribunal ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo ni eficaz, cuando, por ejemplo, no permite decidir el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que “el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal²⁴. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”²⁵.

4.4.2. En la medida en que las actuaciones que se cuestionan se plasman en actos administrativos, tanto de carácter general como de contenido particular, es preciso señalar que –en principio– no cabe la acción de tutela para controvertirlos, ya que para tales efectos existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de nulidad simple o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional. En efecto, la Ley 1437 de 2011²⁶ dispone en el artículo 138 que “[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...). Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...)”. Adicional a lo expuesto, el artículo 137 de la misma ley establece que: “[t]oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)”. Finalmente, el literal b), del numeral 4, del artículo 231 del Código en cita, consagra la procedencia de la suspensión provisional cuando “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.

4.4.3. De esta manera, en el asunto sub-examine, ante la existencia de tales mecanismos de defensa judicial, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente. Por una parte, porque a través de dichas vías contenciosas se puede cuestionar el acto particular que declaró al accionante no apto por la existencia de un dictamen médico regido por criterios estrictamente ocupacionales; y, por la otra, porque a través del ejercicio de dichas acciones también se puede controvertir el acto genérico que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos para realizar el citado examen a los aspirantes a ocupar el cargo de dragoneante. Incluso, en relación con esta última hipótesis, cabe recordar que el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece la inviabilidad

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

procesal de la acción de tutela “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Sin embargo, en criterio de este Tribunal, el asunto ha de ser analizado de otra manera, cuando el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, el acto particular en el cual ellas se manifiestan, afecta la situación específica de determinadas personas, concretamente, en lo que respecta a la vigencia y protección de sus derechos fundamentales. En este sentido, en la Sentencia T-1098 de 2004²⁷, esta Corporación expuso que “es claro que escapa de la competencia del juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de que actúe como juez abstracto del contenido de un acto administrativo de tal naturaleza. Ello, sin embargo, no impide al juez que conoce del amparo entrar a determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular, caso en el cual puede proceder ordenando su inaplicación, que no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto”²⁸.

En todo caso, en hipótesis como la expuesta, la procedencia de la acción de tutela requiere que se cumplan los requisitos que permiten la viabilidad excepcional del amparo, ante la existencia de otros medios de defensa judicial. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1266 de 2008²⁹, en la que se examinaron casos similares al que se decide en esta oportunidad, esta Corporación consideró que “ contra los actos administrativos tanto de carácter general y abstracto como de índole particular, proceden las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de simple nulidad, mediante las cuales las accionantes pudieron demandar e incluso solicitar la suspensión provisional tanto de la convocatoria que exigía una determinada estatura para aspirar al cargo de dragoneante, como del acto particular que las declaró no aptas por no alcanzar la estatura mínima requerida. No obstante, en este caso no tendría eficacia para lograr la protección de los derechos invocados, por cuanto existe una limitante relacionada con la edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC”³⁰. Dicha limitante tornaba ineficaz a los otros medios de defensa judicial, en beneficio de la procedencia directa de la acción de tutela.

En efecto, en dicha oportunidad, el examen realizado por esta Corporación se enfocó en la falta de idoneidad del otro medio de defensa judicial para dar una respuesta integral al derecho comprometido. Precisamente, a pesar de reconocer la existencia de las acciones contenciosas, se determinó que las mismas carecían de eficacia, por cuanto los aspirantes no podían tener más de 25 años para el momento del nombramiento en el cargo de dragoneante³¹. De ahí que, en caso de esperar a una definición de la controversia ante la justicia administrativa, el límite de edad ya estaría superado por los accionantes, lo que conduciría a una pérdida de oportunidad en el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

4.4.4. En el asunto bajo examen, respecto de la convocatoria No. 335 de 2016, conforme aparece publicado en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quedó conformada y adoptada la lista de elegibles. No obstante, con posterioridad, se han ido implementando nuevas listas de elegibles derivadas de la misma convocatoria, en unas ocasiones en cumplimiento de fallos judiciales y en otras como derivación de asuntos pendientes de decisión en el trámite del proceso de selección. Por esta razón el que la lista de elegibles tenga una vigencia de un año, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 del Acuerdo No. 563 de 2016³², no torna improcedente el amparo perseguido, pues la misma se puede reconstituir, y así se ha hecho, a partir de la resolución de controversias judiciales.

En el caso concreto, esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales. Esto significa que, lejos de cuestionar la validez de las reglas de la convocatoria, lo que pretende es su inaplicación, con miras a defender sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en virtud de las circunstancias específicas en las que él se encuentra. Ello excluye, por tal razón, la idoneidad de la pretensión de nulidad simple. Dicha falta de eficacia e idoneidad también se pregona de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto este medio de control supone proteger un “derecho subjetivo amparado en una norma jurídica”, circunstancia distinta a la que se plantea en esta controversia, en donde, precisamente, lo que busca es inaplicar, para el caso particular, una norma jurídica que resulta contraria, al parecer, a los derechos fundamentales vinculados con la construcción de una imagen propia.

Finalmente, la Corte Constitucional ha señalado, en casos similares al actual, que “es claro que la existencia de la suspensión provisional del acto que ordena la exclusión de los accionantes no tiene el efecto, como se desprende de su rigor normativo³³, de que los demandantes pudiesen reingresar al proceso adelantado por la CNSC, lo que los pondría en la imposibilidad de obtener una respuesta inmediata frente a la resolución de su controversia”³⁴.

4.4.5. Por las anteriores razones, a juicio de esta Sala, los medios ordinarios de defensa judicial no son eficaces ni idóneos para dirimir la controversia que suscitó la instauración de la acción de tutela de la referencia, motivo por el cual el juez constitucional puede pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de revisión, el cual se circunscribe a determinar, si la exclusión del aspirante al encontrarlo “no apto” por presentar un tatuaje

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.

RDO 05088400300220210129101.

en el antebrazo izquierdo, trasgredió o no sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos.".

Relevancia constitucional.

Los derechos invocados por el accionante, deben tener contenido y relevancia constitucional, por lo que solo los derechos constitucionales fundamentales, son objeto de una acción de tutela.

ANALISIS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO. Se procederá al análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela antes analizados y que una vez superados positivamente, permiten el análisis de los requisitos de fondo o sustanciales de la acción de tutela.

Legitimación en la causa por activa.

El accionante : " Primero: La mesa Directiva para la elección del cargo de Contralor(a) del municipio de Bello, Antioquia, para el período 2022 – 2025, lo realiza mediante, LA RESOLUCIÓN NO.091 DE OCTUBRE 27 DE 2021 "POR LA CUAL SE DA APERTURA A LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE BELLO PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2022-2025". (CONVOCATORIA No 002 DE 2021.".

Quinto: Cumpliendo con los requisitos mínimos exigidos según los artículos 5, 6 y 18 de Resolución 091 del 27 de octubre de 2021, procedo a aceptar las condiciones del concurso y a realizar la inscripción el 9 de noviembre de 2021, en el Tecnológico de Antioquia - IU Calle 78 B Nro. 72 A 220 Bloque 2, Piso 1, hoja de vida que entregue en sobre sellado y memoria adjunta".

Por la anterior razón, el accionante se encuentra legitimado en la causa por activa para reclamar los derechos derivados de ese concurso.

Se cumple este requisito.

Legitimación en la causa por pasiva.

El Concejo del Municipio de Bello, se encuentra legitimado en la causa por pasiva, por haber sido este ente, el convocante del concurso abierto de méritos para proveer el cargo de Contralor(a) del municipio de Bello, Antioquia, para el período 2022 – 2025, lo realiza mediante, LA RESOLUCIÓN NO.091 DE OCTUBRE 27 DE 2021 "POR LA CUAL SE DA APERTURA A LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE BELLO PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2022-2025". (CONVOCATORIA No 002 DE 2021.".

Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque el Concejo Municipal de Bello, celebró el Contrato Interadministrativo N° 053 del 22 de Octubre de 2021, con esa entidad, con el objeto de realizar el diseño, elaboración y aplicación de Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

pruebas, y valoración de antecedentes dentro de la convocatoria pública para la elección del Contralor Municipal de Bello.

Se cumple con este requisito.

Principio de la inmediatez.

El día 16 de Noviembre del 2021, el accionante, formulo reclamación a las entidades accionadas.

La solicitud de tutela, se formulo el día 19 de Noviembre del 2021.

Transcurrieron, 3 días tiempo que se ajusta al principio de la inmediatez.

Además, Se considera que es un tiempo razonable para formular esta acción constitucional, porque la vulneración aún persiste, según el accionante.

La subsidiariedad.

El accionante, hizo uso de los recursos o medios de defensa judicial para subsanar su inadmisión al concurso que ocupa esta acción constitucional : hizo la reclamación oportuna y le fue resuelta desfavorablemente.

Si bien, le queda la vía contencioso administrativa, contemplada en la Ley 1437 del 2011, pero esta vía no le resulta eficaz e idónea, porque esa acción estaría dirigida para poder continuar en el proceso de elección varias veces mencionado y cuando finalice ese proceso judicial, ya la situación que se pretende sanear con esa acción legal, ya se habrá consumado : la elección de Contralor del Municipio de Bello.

Se cumple con este requisito.

La relevancia constitucional.

El accionante, invoco como vulnerados los derechos constitucionales fundamentales de la igualdad, legalidad y acceso a cargos públicos. De ahí la relevancia constitucional de esta acción.

Se cumplen todos y cada uno de los requisitos formales o de procedencia de la acción de tutela.

ANILISIS DE LOS REQUISITOS SUSTANCIALES O MATERIALES DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS MEDIANTE CONCURSO DE MERITOS.

Se tiene que el núcleo central de esta acción constitucional, es el derecho constitucional fundamental de acceso a concursos públicos de mérito.

Se tiene que “ la exclusión del tutelante del proceso de convocatoria pública para seleccionar el Contralor General del Municipio de Bello 2022-2025, obedeció, a las multas que aparecen en el certificado de medidas

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.

RDO 05088400300220210129101.

correctivas expedido por la Policía Nacional, en las cuales aparece el estado de las mismas donde se encuentra la primera en estado de incumplimiento, y la segunda en proceso, y que conforme a la Ley 1801 de 2016, en su artículo 183, que establece: "Consecuencias por el no pago de multas. Si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona no podrá :

1. Obtener o renovar permiso de tenencia o porte de armas.

2. Ser nombrado o ascendido en cargo público.

(Declarado EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-093 de 2020).". El anterior aparte corresponde al informe rendido a este Despacho por el Concejo Municipal de Bello.

Además, ese informe corresponde con la decisión tomada por el comité técnico evaluador del concurso de mérito, objeto de esta acción constitucional.

De entrada se advierte, que los actores de esta acción de tutela, excepto el accionante, aplicaron indebidamente el numeral 2 del artículo 183 de la Ley 1801 del 2016.

La citada norma se refiere al nombramiento o ascenso en un cargo público.

La convocatoria que hizo el Concejo Municipal de Bello, mediante la resolución No 091 del día 27 de Octubre del 2021, fue para dar " apertura a la convocatoria pública para la elección del contralor municipal de Bello para el periodo constitucional 2022-2025."

Es claro, que el concepto elección para un cargo público, no está contemplado en la norma y por lo tanto, no podía aplicar al caso concreto esta norma.

La anterior afirmación, se apoya en decisión de la Corte Constitucional, sentencia C-093 del 2020 MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, cuando reviso la exequibilidad del numeral 2 del artículo 183 de la Ley 1801 del 2016, que dio lugar a inadmitir al accionante al concurso que ocupa esta providencia. Dijo la Corporación : " 152. A partir de la jurisprudencia constitucional referenciada, la Corte determinó que la restricción consistente en ser nombrado o ascendido a un cargo público, mientras que la persona tenga una multa impuesta en el marco del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana y ésta no se haya pagado dentro de los seis (6) meses siguientes a su imposición, es constitucionalmente razonable pues: (a) su fin no se circunscribe al simple recaudo, sino a garantizar los principios de la función pública, especialmente la sujeción y respeto de la ley; (b) es idónea para alcanzar el fin propuesto; (c) no constituye un requisito para postularse o ingresar al

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.

RDO 05088400300220210129101.

concurso, sino para ser nombrado o ascendido; y, (d) no es restricción absoluta, puesto que, si la persona paga el valor adeudado, podrá realizarse el respectivo nombramiento, es decir, contiene un límite temporal o modal.

153. Con base en lo anterior, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 2 del artículo 183 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en esta providencia." (Subrayas del Despacho).

Es claro, que las entidades accionadas y el juez a quo, desconocieron el anterior precedente constitucional, por dos razones : 1. No se leyó de manera lógica y jurídica, la prohibición que trae el numeral 2 del artículo 183 de la Ley 1801 del 2016, porque el concepto de elección, que es el que ocupa el concurso de méritos para proveer el cargo de Contralor Municipal de Bello, no está descrito en la citada norma y por tal razón, no podía aplicarse y 2. Mas grave aún. Desconocer el precedente constitucional, al cual tenemos acceso todos los ciudadanos en Colombia, porque basta consultar la Jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de su página web. Pero el modernismo trajo desarrollo científico y tecnológico como es la internet pero el confort del ser humano, no le permite acceder a obtener información de esa fuente de conocimiento.

Ahora, frente a la evidente vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y el acceso mediante concurso a cargos públicos, por parte de las entidades accionadas, lo procedente sería restablecer esos derechos del accionante, impartiendo las ordenes procedentes con tal finalidad.

Advierto, que consultada la página web del Concejo Municipal de Bello, se encontró, que el día 17 de Noviembre del 2021, se publicó la lista definitiva de concursantes admitidos.

El accionante, se identifica con la cedula de ciudadanía No 70.286.779, la cual se encuentra inadmitida en la citada lista.

El día 26 de Diciembre del 2021, se llevó a efecto la prueba escrita de conocimientos. El día 26 de Enero del 2022, se publicó en la citada página web, el consolidado total del proceso de convocatoria para elegir el Contralor del Municipio de Bello.

Las anteriores situaciones, no permiten a este servidor judicial impartir ordenes, que restablezcan los derechos constitucionales fundamentales vulnerados al accionante.

Esa situación jurídica, se encuentra contemplada en el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y desarrollada por la jurisprudencia constitucional.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

En la sentencia T-516 del 2020, MP Alejandro Linares Cantillo, la Señora Magistrada, Gloria Estella Ortiz Delgado, salvo su voto. Manifestó entre otras cosas : " **Cuarta razón. La sentencia contiene una visión errada del daño consumado.**

38.La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que existen eventos en los cuales los motivos que llevaron a la interposición del amparo desaparecen. Cuando ello sucede se advierte una carencia de objeto. Esta circunstancia elimina la vocación protectora inherente a la acción de tutela. Así, la intervención del juez, que se consideraba urgente y determinante cuando se formuló la acción, deja de serlo¹⁷.

Esto puede ocurrir porque la amenaza se concreta y el daño se materializa (daño consumado); porque la conducta que origina la amenaza cesa y, con ella, el riesgo para los derechos fundamentales (hecho superado), o cuando, sin que medie la voluntad del demandado, la situación varía y ya no es necesaria la intervención (situación sobreviniente). En esos tres supuestos, el juez no tendrá materia sobre la que pueda concretar una protección y cualquier orden caería en el vacío¹⁸.

39.Desarrollaré algunos planteamientos sobre el daño consumado como fuente de mi reparo. Aquel fue contemplado como una causal de improcedencia por el numeral 4° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991¹⁹. Implica la lesión irreversible de los intereses afectados y la supresión de los hechos que le dieron origen a la tutela²⁰. Se trata de una situación en que la protección constitucional se torna innecesaria, no por el restablecimiento efectivo de los derechos fundamentales, sino porque el riesgo se concretó²¹. La conducta que originó la afectación llegó al punto de causar o coadyuvar la lesión definitiva de los derechos y ya no es de interés para el juez de tutela, pues este no tiene forma efectiva de responder para restaurar el ejercicio de los derechos. Así, "si el daño ya se produjo, [y] la tutela carece de objetivo"²².

Cabe resaltar que el daño consumado solo se presenta cuando dicho restablecimiento es imposible y el único modo de compensar la afectación sobre los derechos fundamentales es de tipo indemnizatorio. En ese escenario, la protección no puede concretarse y no es posible restituir las cosas al estado anterior. Lo que procede es la remuneración por la afectación, para lo cual la acción de tutela, en principio²³, no es el mecanismo.

¹⁷ Sentencia T-544 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ Sentencias T-585 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-358 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁹ "**Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela.** La acción de tutela no procederá: (...) 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho."

²⁰ Sentencia T-448 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹ Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²² BOTERO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Magistratura, 2006.

²³ Sin perjuicio de la procedencia de la condena en abstracto, en el marco de las condiciones planteadas por la jurisprudencia, por ejemplo, en las sentencias T-611 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-303 de

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.

RDO 05088400300220210129101.

40. En todo caso y en correspondencia con la naturaleza de esta figura, para declarar el daño consumado, el juez debe constatar y explicitar la forma en la que aquel se hace irreversible²⁴. Es decir, debe cerciorarse de que no se trata de una afectación que puede ser interrumpida, retrotraída o mitigada de alguna manera²⁵.

El accionante, ya no puede presentar la prueba de conocimientos, porque el proceso se encuentra consolidado en sus resultados.

El anterior hecho le ha generado al accionante, un daño, que tiene el carácter de consumado, porque no se puede superar, porque en la convocatoria de este concurso se establecieron sus reglas, por lo que este servidor no puede modificarlas. Y de esta forma, el nombre del accionante, no podrá ser puesto en consideración del Concejo Municipal de Bello para su posible elección. Ahí se produce la consumación del daño.

Como bien lo dijo la citada Magistrada : “ La conducta que originó la afectación llegó al punto de causar o coadyuvar la lesión definitiva de los derechos y ya no es de interés para el juez de tutela, pues este no tiene forma efectiva de responder para restaurar el ejercicio de los derechos. Así, *“si el daño ya se produjo, y la tutela carece de objetivo”*. Este servidor no puede modificar el reglamento para la elección de Contralor Municipal de Bello, porque no es la autoridad, que tiene la facultad para ello; esa es facultad constitucional y legal del Concejo Municipal de Bello.

Solo quedan dos acciones en este asunto :

1. Las entidades accionadas, subsanen sus actuaciones frente al accionante y procedan conforme la Constitución Política y la Ley.
2. La acción indemnizatoria, que se contempla en el salvamento de voto, al cual acudió este servidor judicial. Esta acción legitima al accionante, para reclamar los perjuicios causados por las entidades accionadas.

CONCLUSIONES.

El bloque de constitucionalidad y las pruebas aportadas por la accionante, permiten al Despacho concluir :

1. Los requisitos formales o de procedibilidad de la acción de tutela, se cumplieron en este asunto, por lo que esta acción constitucional es procedente desde el punto de vista formal.

1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara), SU-256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) T-036 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-209 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

²⁴ Al respecto, la Sentencia SU-522 de 2019 (M.P. Diana Fajardo Rivera), precisó que solo es posible considerar la existencia de un daño consumado cuando la afectación se ha perfeccionado y no hay forma de retrotraer la situación; “el daño causado debe ser irreversible, pues respecto a los daños que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por una orden judicial, no es dable decretar la carencia de objeto”.

²⁵ Sentencia SU-141 de 2020. M.P. Carlos Bernal Pulido.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

2. Analizados los requisitos sustanciales de análisis de los requisitos sustanciales o materiales de la acción de tutela frente al derecho constitucional fundamental del debido proceso y acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos, se advierte, que estos derechos fueron vulnerados por las entidades accionadas, de manera flagrante y sin justificación alguna solo el desconocimiento del Bloque de Constitucionalidad y la Ley.

3. Los informes rendidos por las entidades accionadas, no son de recibo, porque esta acción constitucional, es procedente pero la misma no debe prosperar ante la presencia del fenómeno jurídico del daño consumado.

4. El funcionario a quo desconoció el precedente constitucional sobre el tema que ocupa esta acción constitucional.

5. En consecuencia, no se accederá a las suplicar por vía impugnación del accionante.

6. Se confirmara por lo exclusivamente expuesto en esta providencia, el fallo de tutela proferido, el día 29 de Noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Civil de Oralidad Municipal de Bello en el trámite de la acción de tutela, formulada por el señor, Argemiro de Jesús Henao Marín en contra del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y el Concejo del Municipio de Bello.

7. Se aclarara, que en este asunto si hubo vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos pero que se ha presentado el fenómeno jurídico del daño consumado, que no le permite al Juez constitucional, impartir órdenes para restablecer los derechos fundamentales vulnerados.

8. Se declarara, que se ha presentado el fenómeno jurídico del daño consumado.

9. En consecuencia, cuando se presenta el fenómeno jurídico del daño consumado, se genera la carencia actual de objeto, porque ya no es posible restablecer los derechos constitucionales fundamentales invocados, por el accionante, porque la resolución por medio de la cual se convoco para el concurso para la elección de Contralor del Municipio de Bello, es la norma que regula ese asunto y solo puede ser modificado por el convocante, el Concejo Municipal de Bello, previas consideraciones fácticas y jurídicas.

10. Se ordenará notificar al accionante, a los representantes legales de las entidades accionadas y al funcionario a quo, por el medio más expedito de esta providencia.

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

11. Se ordenará remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Se deberá dar cumplimiento a las normas expedidas por el Gobierno Nacional y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para la remisión de expedientes a la Corte Constitucional.

12. Con fines jurídicos, académicos y didácticos, se ordenara publicar en las páginas web del Concejo Municipal de Bello y el Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, el presente fallo de tutela dentro de los dos días siguientes a la notificación de esta providencia.

Sin más consideraciones y en merito de lo expuesto el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BELLO**, administrando justicia en nombre de la **REPUBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la ley:

FALLA :

PRIMERO. Se confirma por lo exclusivamente expuesto en esta providencia, el fallo de tutela proferido, el día 29 de Noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Civil de Oralidad Municipal de Bello en el trámite de la acción de tutela, formulada por el señor, Argemiro de Jesús Henao Marín en contra del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y el Concejo del Municipio de Bello.

SEGUNDO. Se aclara, que en este asunto si hubo vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos pero que se ha presentado el fenómeno jurídico del daño consumado, que no le permite al Juez constitucional, impartir órdenes para restablecer los derechos fundamentales vulnerados.

TERCERO. Se declara, que se ha presentado el fenómeno jurídico del daño consumado.

CUARTO. En consecuencia, cuando se presenta el fenómeno jurídico del daño consumado, se genera la carencia actual de objeto, porque ya no es posible restablecer los derechos constitucionales fundamentales invocados, por el accionante.

QUINTO. Se ordena notificar al accionante, a los representantes legales de las entidades accionadas y al funcionario a quo, por el medio más expedito de esta providencia.

SEXTO. Se ordena remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Se deberá dar cumplimiento a las normas expedidas por el Gobierno Nacional y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para la remisión de expedientes a la Corte Constitucional.

SEPTIMO. Con fines jurídicos, académicos y didácticos, se ordena publicar en las páginas web del Concejo Municipal de Bello y el Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.

Antioquia Institución Universitaria, el presente fallo de tutela dentro de los dos días siguientes a la notificación de esta providencia.

NOTIFIQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JMG', followed by a long horizontal stroke that curves upwards at the end.

**JOSE MAURICIO GIRALDO MONTOYA
JUEZ**

Acción de tutela. Argemiro de Jesús Henao Marín VS Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria y otro.
RDO 05088400300220210129101.