

REPUBLICA DE COLOMBIA-RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

Radicación de Proceso: No. 760014071004-2022-00117-02
Número de Sentencia: 122
Accionante: SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ
Accionado: EMCALI EICE ESP
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Santiago de Cali, cinco (5) de octubre de dos mil veintidós (2022)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación presentada por la accionante, señora SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ, contra la sentencia de tutela del 09 de agosto de 2022 mediante la cual el JUZGADO CUARTO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE CALI, declaró la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela por no cumplir el requisito de subsidiariedad.

SINTESIS DE LOS HECHOS

Correspondió por reparto al Juzgado 4° Penal Para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cali, la tutela interpuesta por la señora SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ en contra de la entidad EMCALI EICE ESP, en busca de la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, legalidad, justicia, favorabilidad, derecho de defensa, contradicción, trabajo e igualdad cuyos supuestos fácticos conforme lo acostumbrado, fueron desarrollados por la juez a-quo en el fallo que se revisa.

SENTENCIA IMPUGNADA

La señora JUEZ CUARTA PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE CALI, al emitir la decisión respectiva, resolvió: ***“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ en contra de EMCALI EICE ESP, representada por la Gerencia General, por no cumplir con el requisito de procedibilidad atinente a la subsidiariedad, consagrado en el numeral 1 del Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. (...)”.***

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Inconforme con la decisión, la accionante, impugnó el fallo centrando su argumentación en que, presentó la tutela haciendo referencia a la vulneración de varios derechos, lo cual sustentó con decisiones de la Corte Constitucional: a la dignidad humana, debido proceso, legalidad, justicia, favorabilidad, derecho de defensa, contradicción, trabajo e igualdad, entre otros. El fallo impugnado no hace un estudio de la posible vulneración de todos los derechos fundamentales invocados.”

ARGUMENTO CENTRAL

La acción de tutela se caracteriza por ser un trámite preferente y sumario, en el cual se debe verificar por el juez constitucional la existencia de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, o la existencia de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez constitucional en asuntos sometidos al conocimiento

de otras especialidades; es el demandante quien debe por lo menos argumentar cuáles son las condiciones por las que se hace viable la acción constitucional de tutela, en vez de acudir a los demás mecanismo judiciales. Cuando no se cumplen tales condiciones, la acción de tutela se torna improcedente.

Problema Jurídico

Esta judicatura debe decidir si la tutela es el mecanismo adecuado para controvertir las decisiones de los accionados en el marco de un concurso público de méritos.

Tesis

Esta judicatura confirmará la decisión de primera instancia. Se verifica que, en virtud del principio de subsidiariedad, la tutela no es el mecanismo adecuado para cuestionar las decisiones de la administración en el marco de un concurso público de méritos.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

COMPETENCIA

De entrada, debe precisarse que funcionalmente el Juzgado es competente para resolver el conflicto constitucional planteado, al tenor del artículo 37 y siguientes del Decreto 2591 de 1991.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Legitimación en la causa por activa: El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre por lo tanto la señora SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ se encuentra legitimada para actuar, toda vez que actúa a nombre propio y como titular de los presuntos derechos fundamentales vulnerados.

Legitimación por pasiva. Se considera que el contradictorio está conformado en debida forma, y lo integra la entidad **EMCALI EICE ESP**, entidad hacen parte de la estructura del Municipio y, por ende, tienen la condición de autoridades públicas. **vinculándose** de manera oficiosa a la doctora MARIA DEL PILAR HERNÁNDEZ CRUZ, jefe de Unidad Gestión Talento Humano y Organizacional de EMCALI EICE ESP, a los funcionarios JOHN FRANCISCO ORJUELA GALLEGO, LETICIA GONZÁLEZ TRUJILLO, SAMIR ALEJANDRO GÓMEZ DIAZ y demás integrantes de las listas de elegibles de las convocatorias No. 20 y 25 para el cargo de Profesional Operativo II de EMCALI EICE ESP., así como de terceros con interés en el resultado del mismo, quienes pudieron ejercer **su derecho de defensa y contradicción**.

Requisito de inmediatez, se encuentra satisfecho, en tanto el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho vulnerador y la presentación de la acción de tutela.

Subsidiariedad: De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este caso, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados¹. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento de forma inmediata.

Del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, se entiende que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo principal de protección de los derechos, sino que se trata de una vía subsidiaria que se activa, (i) con efectos definitivos, cuando no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz dispuesto en el ordenamiento jurídico para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso; o (ii) con efectos transitorios, cuando existe el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial **idóneo y eficaz** para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.

Lo anterior no significa que, ante la existencia de un medio judicial que permita a un juez de la República valorar la legalidad de las actuaciones de la administración en el marco de los concursos de méritos, la acción de tutela se torne inmediatamente improcedente, pues es necesario determinar, como se ha insistido, si el mecanismo es **idóneo** para resolver el problema planteado y, además, si dicho medio es **eficaz** para conjurar la posible afectación de las garantías fundamentales, atendiendo a las condiciones particulares del caso.

En desarrollo de lo anterior, en su jurisprudencia reiterada², la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es particularmente relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles.

La posición anterior ha sido respaldada por el Consejo de Estado, al advertir que, cuando son proferidas dichas listas, la administración dicta actos administrativos cuyo objeto es generar situaciones jurídicas particulares, de suerte que, cuando ellas cobran firmeza, crean derechos ciertos que deben ser debatidos en la Jurisdicción de lo Contencioso

¹ Corte Constitucional, sentencia T-211 de 2009.

² Corte Constitucional, sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

Administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el debate generalmente se centra en la legalidad del proceso y en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico y en la propia convocatoria.

Precisamente, en sentencia de tutela del 29 de noviembre de 2012³, la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con las garantías necesarias para analizar la legalidad de los actos administrativos dictados en los concursos de méritos y, por esa vía, controlar cualquier irregularidad ocurrida durante su trámite. Por lo anterior, argumentó que a los jueces de tutela les compete establecer, si al momento de decidir la acción de tutela ha sido publicada la lista de elegibles.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA (Ley 1437 de 2011), amplió la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al mismo tiempo que se previó la reducción en la duración de los procesos. De esta manera, el análisis de procedencia de la acción de tutela también implica tener en cuenta estas nuevas herramientas

La Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2014⁴, concluyó que existen diferencias entre estas y la protección inmediata que otorga la acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo, respecto de los 10 días establecidos para la definición del amparo constitucional. En efecto, de acuerdo con los artículos 233 y 236 del CPACA, el demandante puede solicitar que se decrete una medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido el plazo anterior, el juez deberá decidir sobre su decreto en 10 días, decisión susceptible de recursos de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser resueltos en un tiempo máximo de 20 días.

Artículo 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. *La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. // El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda. // Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. // El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada. // Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.//*

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.”.

Artículo 236. TÉRMINO PARA RESOLVER LOS RECURSOS. *<Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los recursos procedentes contra el auto que decida sobre medidas cautelares deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.”.*

³ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 23001-23-33-000-2012-00067-01, Sentencia del 29 de noviembre de 2012.

⁴ Sentencia en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 229 parcial de la Ley 1437 de 2011

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el debido proceso deberá aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose en garantía en las actuaciones surtidas contra los particulares, por ello “si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados”⁵.

Ahora bien, frente a las reclamaciones inherentes a la calificación de las pruebas aplicables en los concursos de méritos, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en punto de la improcedencia de la acción de tutela para controvertir la calificación de las pruebas escritas aplicadas en el marco de convocatorias públicas para la provisión de cargos en carrera administrativa.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ha destacado, que las actuaciones que se surten al interior de un concurso de méritos son de carácter reglado, y por ende, su cuestionamiento debe darse frente a los jueces correspondientes mediante los mecanismos de defensa establecidos legalmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que la acción de tutela se torna improcedente para los fines perseguidos⁶.

Adicional a lo anterior, ésta Alta Corporación ha expresamente señalado que únicamente esa jurisdicción -la contenciosa- tiene la potestad para decidir sobre la legalidad de las decisiones que excluyen a los tutelantes del concurso por no obtener el puntaje mínimo de aprobación para el cargo al que se presentó, sin que ese proceso pueda ser remplazados por los jueces de tutela⁷, máxime cuando ante dicha jurisdicción el solicitante puede solicitar la concesión de las medidas cautelares que estime pertinentes, así:

“[e]s, entonces, en el escenario de la respectiva acción contencioso administrativa que la actora puede invocar las razones aquí planteadas, con miras a que el juez natural de la actividad de la administración pública tome la decisión que en derecho corresponde, amén de que en esta instancia también pueda solicitarse la suspensión provisional, medida cautelar prevista en el Código Contencioso Administrativo contra los actos administrativos de contenido general o particular, siempre que se cumplan ciertos requisitos (arts. 152 y ss.) y que de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado”⁸

Las controversias en torno a la legalidad de los actos administrativos, ya sean generales, impersonales y abstractos ora particulares y concretos, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, a través de los mecanismos legales para ello dispuestos, donde pueden allegar los elementos demostrativos que aquí aportan y explicar sus argumentos, sin que este camino pueda convertirse en senda paralela a la normativamente reglada (STC7403-2017)

En conclusión, y sin lugar a equívocos se advierte, que el mecanismo idóneo para debatir las discrepancias de los participantes en punto de las pruebas aplicadas en los procesos de selección es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual si a bien lo tiene el aspirante puede solicitar la suspensión de los actos

⁵ Sentencia T-119 de 2011 (reiteración de jurisprudencia T-359 del 11 de mayo de 2006).

⁶ Corte Suprema de Justicia, radicación No. 66649. Sentencia de tutela de fecha 15 de junio de 2016, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

⁷ Corte Suprema de Justicia, radicación No. 11001-02-30-000-2019-00842-00. Sentencia de tutela de fecha 16 de septiembre de 2019, M.P Ariel Salazar Ramírez.

⁸ Sentencia de 18 de octubre de 2007, exp. 2007-00321-01, reiterada sentencia de 21 de mayo de 2008, exp. 2008-00107-01 y sentencia de 14 de octubre de 2011, exp. 54001-22-13-000-2011-00201-01.

administrativos o actuaciones que resulten lesivas de sus derechos

CASO CONCRETO

De cara a lo anterior, y descendiendo al caso concreto, delantamente encuentra esta titular que el fallo recurrido deberá ser confirmado, toda vez que fue acertada la decisión de la juez a-quo al verificarse el no cumplimiento del requisito de Subsidiariedad, pues la accionante no demostró sumariamente un perjuicio irremediable, de forma que de no ser recurriendo a la acción de tutela, tal perjuicio se consumaría sin posibilidad de reparar o retrotraer las cosas a su estado anterior, acorde con lo preceptuado en el artículo 86 ibidem, en concordancia con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991

Se tiene que la señora SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 29.123.550, formuló acción de tutela dirigida a obtener la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, legalidad, justicia, favorabilidad, derecho de defensa, contradicción, trabajo e igualdad, toda vez los considera vulnerados por EMCALI EICE ESP, teniendo en cuenta que actualmente se encuentra en lista de elegibles dentro de la Convocatoria N° 20 para el cargo de profesional Operativo II, cuyos resultados definitivos fueron publicados el 11 de octubre de 2021 obteniendo un puntaje de 66.73, indicando que, en enero de 2022, al existir una vacante de Profesional Financiero II en el Área Funcional Administración Tesorería Code 7761001, Tesorería de la Gerencia de Área Financiera, la Jefatura de esa dependencia, solicitó el perfil de un aspirante “profesional financiero II” que tuviese estudios en Administración de empresas y postgrado en Maestría en Administración de Empresas, que al realizar el consolidado de los puntajes de las convocatorias 20 y 25, como lo dispone el inciso 3 del Reglamento de concursos enunciado sólo existen dos aspirantes con el perfil solicitado por la Gerencia Financiera en la lista de elegibles, está ella con un puntaje de 66.73 puntos y el señor John Francisco Orjuela Gallego con un puntaje inferior de 64.36 puntos.

Manifiesta que vulnerando el orden descendente de la lista de elegibles, mediante consecutivo **N° 00039 del 20 de enero de 2022** fue ascendido el funcionario John Francisco Orjuela Gallego, quien participó en la Convocatoria N° 25 de Profesional Financiero II obteniendo un puntaje de 64.36 cuyos resultados fueron publicados el 3 de marzo de 2021, añade que el ascenso del precitado funcionario, quien se encontraba en la lista de elegibles con un puntaje inferior a ella constituye una clara violación de los principios contenidos en el artículo 6 de la Resolución GG N° 1000004302020 del 5 de octubre de 2020; así como una vulneración al artículo 4 del mentado reglamento, en el cual se establece el mérito como forma de ascender. (negrilla del despacho).

Considera que se le causó un menoscabo de sus derechos fundamentales, entre ellos la igualdad, protección de derechos y oportunidades frente a un hombre sin efecto alguno de discriminación, por ser mujer como lo consagrado en el artículo 85 constitucional por ser derechos de vigencia inmediata estatuidos en la Constitución Política de Colombia, debiendo ser garantizados fidedignamente mediante los principios de la eficiencia, eficacia, transparencia y objetividad de la Administración Pública, se le ofrezca una estabilidad primigenia protectora e igualdad de oportunidades como mujer para el acceso y ascenso al servicio público laboral empresarial bajo premisa de las convocatorias conculcadas en pro de sus derechos subjetivos ante la negativa de acceder al ascenso meritocrático.

En sumas lo que la accionante pretende con la acción de tutela es que se le amparen los derechos fundamentales que considera vulnerados se ordene a *“EMCALI EICE ESP y/o quien corresponda, se revalúe mi acceso y ascenso a las convocatorias conculcadas en pro de mis derechos subjetivos y se abstenga de incurrir en*

conductas discriminatorias que atenten contra los derechos fundamentales en general de los aspirantes que participamos en los procesos de selección que convoca, y en su lugar se provea mi ascenso en una vacante Profesional II de denominación bien sea administrativo, operativo o financiero, los cuales ostentan el mismo nivel salarial que dispone el reglamento de concursos, con el fin de subsanar las fallas intrínsecas empresariales y recomendar a la entidad el sujetar sus actuaciones a guardar estricto apego al respeto por las garantías constitucionales y el cumplimiento de las reglas del debido proceso que constituye medio garantista para la efectividad de los derechos fundamentales, imponiéndose como “un medio para evitar su abuso”.

La accionante impugna acción de tutela indicando que la A quo “no hace un estudio de la posible vulneración de todos los derechos fundamentales invocados.”, haciendo la revisión de la actuaciones surtidas y del fallo proferido en primera instancia se puede observar que se realizó el estudio de los derechos invocados por la accionante estos son: “la dignidad humana, debido proceso, legalidad, justicia, favorabilidad, derecho de defensa, contradicción, trabajo e igualdad, entre otros”, se verificó la no vulneración del **debido proceso** dentro del cual se encuentra inmerso la **legalidad**, el derecho de **defensa** y **contradicción**(se verificó el cumplimiento de unos requisitos específicos respecto al perfil a proveer, no se demostró por la accionante y terceros interesados, que la actuación de la accionada se hubiese realizado con violación del debido proceso),**derecho al trabajo** (se accionante se encuentra vinculada laboralmente hace 22 en la entidad accionada) **mínimo vital – dignidad humana** (la accionante cuenta con una remuneración salarial, toda vez que se encuentra vinculada laboralmente) **Igualdad**, (al desarrollarse el proceso administrativo con apego al debido proceso se esta garantizando el derecho a la igualdad, de las pruebas obrantes en el plenario no se evidencia un trato desigual o discriminatorio) más sin embargo desde el inicio de la verificación de los requisitos de procedibilidad se hizo evidente el no cumplimiento del principio de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela.

Con tal panorama, de cara al cumplimiento de las exigencias genéricas de procedibilidad, adviértase que el actual trámite tiene relevancia constitucional pues la acción se ejercita ante la supuesta vulneración de las garantías ius fundamentales la dignidad humana, debido proceso, legalidad, justicia, favorabilidad, derecho de defensa, contradicción, trabajo e igualdad, entre otros, mismas garantías de las cuales se evidencia vulneración.

Finalmente, en cuanto a la exigencia de subsidiariedad, en uno de sus más recientes pronunciamientos, la Honorable Corte Constitucional reiteró que la protección de los derechos fundamentales no es un asunto reservado al juez de tutela. Los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa han sido diseñados para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. Por lo tanto, es imperioso ejercer tales mecanismos antes de acudir ante el juez de amparo, con lo que se busca evitar la “sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias”. Lo anterior, en atención a lo que disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto Ley 2591 de 1991.

En términos generales, la acción de tutela procede: (i) como mecanismo transitorio, cuando existe un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, pero este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) como mecanismo definitivo, cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias no es idóneo ni eficaz, según las circunstancias del caso que se estudia, y cuando la tutela es promovida por sujetos de especial protección constitucional. En este último evento, el examen de procedibilidad debe ser menos estricto, pero no por ello es menos riguroso.

Dicho esto, emerge necesario advertir, la inobservancia de este imperativo de procedencia, pues la pretensión canalizada por la accionante a través de la presente acción excepcional, entraña una discusión de naturaleza administrativa, la cual se circunscribe a controvertir la aplicación de lista de elegibles de las convocatorias 20 y 25 para proveer la vacante de Profesional Financiero II en el Área Funcional Administración Tesorería Code 7761001, Tesorería de la Gerencia de Área Financiera, empero lo anterior, el requisito de subsidiariedad no se halla presente, pues en contra de ese acto administrativo (**consecutivo N° 00039 del 20 de enero de 2022**) proferido por EMCALI EICE ESP, la accionante puede ejercer el medio de control establecido en **el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)**, a saber, nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual puede hacer uso de las medidas cautelares, concretamente lo dispuesto en el **artículo 234 del CPACA**, que prevé las medidas de urgencia, las cuales pueden adoptarse desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, al no avizorarse en el expediente una situación apremiante que justifique la intromisión del juez constitucional en un asunto que, por competencia legal, le corresponde desatar al juzgador natural.

Así, esta judicatura observa que lo pretendido por la tutelante es obviar los mecanismos ordinarios dispuestos por el legislador, acudiendo alternativamente a la acción de tutela en franco desconocimiento de su carácter residual, luego, si aún persiste su inconformidad con la aplicación de lista, ello sólo puede ser resuelto ante la jurisdicción competente, de ahí que la acción de tutela en el presente caso deviene improcedente ante la existencia de otras vías procesales para lograr la protección de los derechos fundamentales cuya efectividad se reclama

Con fundamento en las tesis planteadas por las partes, el litigio debe resolverse por el juez natural, en sede contenciosa administrativa, porque la entidad accionada garantizó los derechos y principios fundamentales que orientan el sistema de carrera administrativa en todas sus fases y no se observa en la decisión de la accionada EMCALI EICE ESP, que ante la aplicación de lista de elegibles, la haya realizado de una forma irrazonable o arbitraria, pues tal como lo señalaron en sus respuesta las accionadas, se tomaron los lineamientos para proveer la vacante con aplicación de la listas de elegibles, consecuente de ello el juez constitucional no puede invadir la órbita de la justicia contenciosa administrativa, quien es la encargada de dirimir el conflicto de las partes, ante la inconformidad del accionante.

Ahora bien el medio de control establecido en **el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011**, establece un término de cuatro (04) meses para presentar la demanda

*ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda 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 le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. // 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, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.** Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.” (Subrayas y negrilla del despacho)*

Observa el despacho que el acto administrativo mediante el cual se hizo el nombramiento para proveer la vacante es **consecutivo No. 00039 del 20 de enero de 2022**, y la accionante presentó derecho de petición ante la accionada EMCALI EICE ESP el **día 20 de mayo de 2022**, es decir dejó caducar el termino que tenia para interponer el medio de control y no se puede usar la acción de tutela para revivir términos que se dejaron vencer.

La caducidad de la acción contencioso administrativa

“De manera genérica la caducidad es un fenómeno jurídico cuyo término previsto por la ley se convierte en presupuesto procesal y/o instrumento a través del cual se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación “(...) busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso (...)”⁹.

En relación con la omisión de utilizar los medios alternativos de defensa judicial, la corte constitucional ha precisado lo siguiente:

“Quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual, si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal.”¹⁰

Así las cosas, no puede esta operadora judicial adoptar una decisión distinta a la de CONFIRMAR en su integridad el fallo de la juez a quo al no cumplirse el requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

SEGUNDO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia de tutela del 9 de agosto de 2022 proferida por el JUZGADO CUARTO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE CALI, que decretó la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela interpuesta por la señora SORAYA MILENA CAICEDO MUÑOZ en contra de EMCALI EICE ESP, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. – OFICIAR al Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, comunicándole la decisión.

TERCERO. - NOTIFICAR Este fallo a los sujetos procesales en la forma prevista en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991, y dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ZIHOMARA A. CASTILLO GOMEZ
JUEZ

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 24 de enero de 2007, radicación: 20001-23-31-000-2005-02769-01(32958), actor: Néstor José Duarte Tolosa contra Corelca S.A. y otro.

¹⁰ Sentencia T-061 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.