



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

RAD: 08001310901420240009301

RAD INT: 2025-00045-T

Accionante: Manuel Salvador Peña Galindo

Accionado: Fiscalía General de la Nación - Dirección Ejecutiva - Subdirección de Gestión Contractual -
Comisión Especial de Carrera - Comité Evaluador Proceso Selección FNG-BC-LP-005-2024

Acción: Tutela Segundo Nivel

Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Adolescentes de Barranquilla

Funcionario: Ángel Humberto Pernet Pérez

Derecho: Debido Proceso, Igualdad y otros.

Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jiménez

Acta No: 038

Barranquilla D.E.I.P., diecisiete (17) de febrero de dos mil veinticinco (2025).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta por el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo en contra de la sentencia de tutela proferida el 16 de diciembre del 2024 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Barranquilla, que declaró improcedente la acción constitucional de amparo.

Antecedentes

Hechos:

Manifestó el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo que, la Fiscalía General de la Nación inició el proceso de selección FNG-NC-LP-005-2024, con el objeto de desarrollar el Concurso de Méritos FGN 2024, para la provisión de vacantes definitivas de su planta de personal. Que a pesar de las reformas que trae consigo la Ley 2430 de 2024 a la Ley 270 de 1996 en lo referente a las modificaciones para el acceso a la rama judicial, en ninguno de los documentos previos a la adjudicación del contrato, se incluyó una modificación a los pliegos o documentos rectores del trámite de selección que advirtiera tales modificaciones.

Indicó que era necesario realizar, un ajuste o actualización del Manual de Funciones y requisitos de los empleos que conforman la

planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, dada la obligación de actualizar la oferta inicialmente reportada, cuando la Comisión de Carrera de la Fiscalía, en sesiones del 12 y 21 de junio de 2024, discutieron y aprobaron la provisión de 4.000 vacantes definitivas en las modalidades de ascenso o ingreso, lo que debió ser consignada en acta, no dando cumplimiento a su propio reglamento, vulnerando sus garantías constitucionales.

Por lo que solicitaba, se ordene la suspensión de toda la actuación administrativa compleja, que desembocó en la adjudicación del Proceso Selección FNG-NC-LP-005-2024 de la Fiscalía General de la Nación, incluyendo la firma y legalización del Contrato respectivo, el sorteo de puestos de trabajo y consolidación de la OPECE a ofertar a realizarse el próximo 4 de diciembre de 2024 y que como medida transitoria, mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de un medio de control ordinario contra los actos administrativos producidos en contravía de sus derechos fundamentales, y se define la situación jurídica de dicho proceso, producido de manera irregular.

Respuesta de los intervinientes vinculados por pasiva

Fiscalía General de la Nación - Comisión Especial de Carrera:

Informó a través del Secretario Técnico, quien no funge como miembro con voz y voto en la Comisión Especial de Carrera, que con relación al problema objeto de estudio, consideraba la existencia de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Dirección Ejecutiva y el Comité Evaluador:

Precisaron que el proceso de licitación pública ya culminó con la adjudicación del contrato de prestación de servicios FGN-NC-0279-2024, el cual ya estaba perfeccionado, suscrito y en etapa de ejecución, por lo tanto, carece de sentido una orden emitida en la

presente acción por cuanto ya no tienen incidencia en la etapa en la que se encuentra el proceso.

Que sobre el contrato de Prestación de Servicios, lo procedente era acudir al medio de control de controversias contractuales, a una acción contenciosa procedente para poder controvertir lo solicitado por el accionante, motivo por el cual, la presente acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiaridad, señalando que, los asuntos relacionados con los Concursos de Méritos de la Fiscalía General de la Nación, competen a la Comisión de la Carrera Especial, a la cual le corresponde definir los aspectos técnicos, procedimentales y normativos, bajo los cuales se desarrollarán los concursos o procesos de selección para la provisión de las vacantes definitivas que se encuentran en la planta de personal de la Entidad, lo que denota la falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Fiscal General de la Nación, solicitando su desvinculación de la misma.

Indica que, la acción de tutela se torna improcedente, dado que el accionante dispone de los medios o recursos administrativos y contenciosos idóneos para controvertir los resultados del proceso de selección FGN-NC-LP-0005-2024, tal como lo reconoce en su escrito al decir *“(...)como medida transitoria, mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de un medio de control ordinario contra los actos administrativos producidos en contravía de mis derechos fundamentales, y esta define la situación jurídica de dicho proceso, producido de manera irregular (...)”*,

El accionante reconoce indirectamente que busca utilizar la acción constitucional como medida transitoria, es decir, reconoce que el ordenamiento jurídico colombiano le otorga las acciones contenciosas para controvertir lo decidido por la Entidad, por lo tanto no se cumple con el presupuesto de subsidiariedad para realizar el estudio de la presunta vulneración alegada, pues no existe prueba que lleve al convencimiento de que, la situación alegada implique una amenaza real y singular de sus derechos fundamentales, y menos un perjuicio

irremediable que justifique el desplazamiento de las acciones ordinarias procedentes para controvertir los procesos contractuales.

Aclarando que, el actor no diferencia el proceso licitatorio del concurso de méritos para proveer cargos en carrera, y que la Licitación Pública es una modalidad de selección de contratistas, mediante la cual se busca adquirir suministros, contratación de servicios o la ejecución de obras; mientras que, el Concurso de Méritos es el procedimiento para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público, y su finalidad es identificar destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad y condiciones para el cargo, con un fin específico, obtener posición de mérito en una lista de elegibles. Por lo anterior, en razón a la diferencia en la naturaleza de los dos procesos, los requisitos de estructuración y ejecución son distintos, siendo en el proceso licitatorio unos requisitos para determinar la idoneidad del contratista para la ejecución de un objeto contractual determinado, mientras que, en el concurso de méritos, se determinan los requisitos que el aspirante debe cumplir con el fin de poder participar en el proceso concursal y obtener posición de mérito.

Unión Temporal Convocatoria FGN 2024:

En su informe señalaron que, con relación a los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela, tienen suscrito con la Fiscalía General de la Nación, el Contrato de Prestación de Servicios No. FGN-NC-0279-2024, a través del proceso de licitación pública No. FGN-NC-LP-0005-2024, el cual fue adjudicado mediante la Resolución de Adjudicación No. 9345 del 12 de noviembre de 2024, contrato que tiene por objeto: *“Desarrollar el concurso de méritos FGN 2024 para la provisión de algunas vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (FGN), pertenecientes al sistema especial de carrera, en las modalidades de ascenso e ingreso, desde la etapa de inscripciones hasta la conformación y publicación de las listas de elegibles en firme”*.

Sostiene que, la Fiscalía General de la Nación se encuentra realizando la aprobación del acto administrativo - acuerdo, en el que quedarán establecidas todas las reglas del Concurso, los empleos en los que se ofertarán las vacantes, los requisitos de estos, las fechas de inscripción y la determinación de la plataforma oficial del concurso, entre otras.

Que el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo hace referencia a documentos precontractuales que, no son de competencia de la U.T Convocatoria FGN 2024 (U.T.), sino que fueron parte de un proceso de Contratación publicado en la plataforma Secop II, frente al cual, la U.T. participó como oferente, por lo que la U.T Convocatoria FGN 2024 no ha vulnerado algún derecho fundamental del accionante, por lo que solicitaban se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo que respecta a la Unión Temporal.

Sentencia Impugnada

El Juez de primera instancia, resolvió declarar improcedente la presente acción constitucional incoada por el señor Manuel Salvador Peña Galindo en contra de la entidad accionada Fiscalía General de la Nación - Dirección Ejecutiva - Subdirección de Gestión Contractual - Comisión Especial de Carrera - Comité Evaluador Proceso Selección FNG-BC-LP-005-2024, luego de apreciar que su pretensión objeto central es la suspensión del proceso de selección llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación para proveer cargos en carrera, recordando la regla general de la improcedencia de la acción de tutela cuando se disponga de otros medios para hacer valer sus derechos, salvo sean ineficaces o exista la ocurrencia de un perjuicio irremediable,.

Acto seguido trajo a colación, la sentencia T-081 de 2022, que estudió la procedencia de la acción para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos, establecer en que etapa se encuentra la selección y determinar si se

trata de actos administrativos de carácter general o particular y pudiesen ser objetos de la jurisdicción de los Contencioso administrativo.

Finalmente el *a quo* refiere que el accionante si deseaba suspender el concurso por actuaciones surtidas dentro del mismo, en primera medida debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de los medios de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción de Controversias contractuales, salvo que hubiese acreditado un perjuicio irremediable o que los medios antes mencionados no fuesen suficientes para la protección de sus derechos, pero dentro de su escrito, no se argumenta ni se demuestra por que los medios ordinarios resultaban ineficaces, ni alegó ni se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo que no había razón para acudir directamente al juez constitucional, declarando así la improcedencia de la presente acción de tutela.

Impugnación:

El accionante presenta impugnación de tutela de 16 de diciembre de 2024; solicitando que se le protejan sus derechos fundamentales, haciendo reparos señalando que precisamente, las acciones contencioso administrativas, no eran los medios adecuados y eficaces, para la protección de derechos fundamentales en el contexto del concurso de méritos, precedente que desconoce el juez de primera instancia.

Que los precedentes citados en su demanda de tutela, no le merecieron el más mínimo estudio al *a quo*, citando fallos de tutelas que no vienen al caso, dejando de lado las evidentes y protuberantes falencias en que incurrió la comisión de carrera de la FGN sin hacer reparo alguno, incurriendo en un defecto o vía de hecho, al omitir consignar en actos administrativos publicados, sus decisiones en el acta de la sesión, como se consagra en su reglamento interno, citando los artículos 22 y 23 del Acuerdo 085 de 2017.

Alega que, la actualización del Manual Específico de Funciones es una obligación esencial para garantizar la transparencia y legalidad en un concurso de méritos y dar cumplimiento al artículo 209 de la Constitución Política, de una función administrativa con apego a los principios de publicidad, eficacia y legalidad, que contradice con la falta de un manual de funciones actualizado, siendo inadmisibles ofertar sin que previamente se haya actualizado el Manual Específico de Funciones y Requisitos de la entidad.

Por lo que solicita, sea revocado el fallo de primera instancia, y se ordene a la Fiscalía General de la Nación suspender el proceso de selección FNG-NC-LP-005-2024 hasta que se subsanen las irregularidades identificadas en las decisiones administrativas y la actualización del Manual de Funciones.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

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

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

Procedencia de la acción de tutela

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

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

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

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

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

Del pronunciamiento emitido por el alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela

como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y, que a la results de estos, exista una vulneración evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

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

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

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

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

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

Problema jurídico

A la Sala le corresponde determinar si las accionadas Fiscalía General de la Nación - Dirección Ejecutiva - Subdirección de Gestión Contractual - Comisión Especial de Carrera - Comité Evaluador Proceso

Selección FNG-BC-LP-005-2024, vulneraron los derechos fundamentales al Debido Proceso, Transparencia, Responsabilidad, Planeación, prevalencia del interés general y legalidad, así mismo el fundamental derecho a la Igualdad del accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo, por la modificación de documentos previos a la adjudicación del contrato, sin antes haberse incluido una adenda o modificación a los pliegos o documentos rectores del trámite de selección que advirtiera sobre dicha modificación de carácter legal.

Caso en concreto

Acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Nacional y por el Decreto Legislativo 2591 de 1991; *“la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de la persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero establece también su procedibilidad, cuando el afectado no disponga de otro medio de acción judicial”*.

En el caso que es sometido a decisión de esta Sala, tenemos que el accionante declaró que la Fiscalía General de la Nación inició proceso de selección FNG-NC-LP-005-2024 con el objeto de desarrollar el Concurso de Méritos FGN 2024, para la provisión de vacantes definitivas de su planta de persona, y a pesar de las reformas de la Ley 2430 de 2024 a la Ley 270 de 1996, - en lo referente a las modificaciones para el acceso a la rama judicial -, en ninguno de los documentos previos a la adjudicación del contrato, se incluyó una modificación a los pliegos o documentos rectores del trámite de selección que advirtiera tales modificaciones, y que era necesario un ajuste o actualización del Manual de Funciones y requisitos de los empleos que conforman la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, solicitando como pretensión, la suspensión de la actuación administrativa del proceso de selección incluyendo la firma y legalización del Contrato respectivo para ofertar los cargos a proveer el 4 de diciembre de 2024, como medida transitoria mientras se acude a

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de un medio de control ordinario contra esos actos administrativos.

Por su parte la Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Carrera de la FGN sostuvo, en síntesis, que con relación al problema objeto de estudio, consideraba la existencia de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte la Dirección Ejecutiva y el Comité Evaluador de la FGN, expresaron que el proceso de licitación pública ya culminó con la adjudicación del contrato de prestación de servicios FGN-NC-0279-2024, el cual ya estaba perfeccionado, suscrito y en etapa de ejecución, por lo tanto, carece de sentido una orden emitida en la presente acción por cuanto ya no tienen incidencia en la etapa en la que se encuentra el proceso, y que sobre el contrato de Prestación de Servicios, lo procedente era acudir al medio de control de controversias contractuales, a una acción contenciosa procedente para poder controvertir lo solicitado por el accionante, motivo por el cual, la presente acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiaridad, y que lo referente a los Concursos de Méritos competen a la Comisión de la Carrera Especial definir los aspectos técnicos, procedimentales y normativos, lo que denota la falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitando su desvinculación de la misma, y que la acción de tutela se torna improcedente, dado que el accionante dispone de los medios o recursos administrativos y contenciosos idóneos para controvertir los resultados del proceso de selección FGN-NC-LP-0005-2024, tal como lo reconoce el mismo en su escrito al decir *“(...)como medida transitoria, mientras se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de un medio de control ordinario contra los actos administrativos producidos en contravía de mis derechos fundamentales, y esta define la situación jurídica de dicho proceso, producido de manera irregular (...)”*, reconociendo la existencia de las acciones contenciosas para controvertir lo decidido por la Entidad, y no existe prueba que la situación alegada implique una amenaza real a sus derechos fundamentales, y menos un perjuicio irremediable que justifique el desplazamiento de las acciones ordinarias procedentes para controvertir los procesos contractuales.

Finalmente se permitieron expresar a modo de aclaración, que el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo no diferencia el proceso licitatorio del concurso de méritos para proveer cargos en carrera, siendo la Licitación Pública una modalidad de selección de contratistas, que busca adquirir suministros, contratación de servicios o la ejecución de obras; mientras que, el Concurso de Méritos es para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público, y su finalidad es identificar destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad y condiciones para el cargo, con un fin específico, obtener posición de mérito en una lista de elegibles.

Por su parte la Unión Temporal Convocatoria FGN 2024, refieren que tienen suscrito con la Fiscalía General de la Nación, el Contrato de Prestación de Servicios No. FGN-NC-0279-2024, a través del proceso de licitación pública No. FGN-NC-LP-0005-2024, el cual fue adjudicado mediante la Resolución de Adjudicación No. 9345 del 12 de noviembre de 2024, con el objeto de Desarrollar el concurso de méritos FGN 2024 para la provisión de algunas vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (FGN), pertenecientes al sistema especial de carrera, estándose en la realización de la aprobación del acto administrativo - Acuerdo, en el que quedarán establecidas todas las reglas del Concurso, los empleos a ofertar, sus requisitos, las fechas de inscripción y la determinación de la plataforma oficial del concurso, por lo que el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo hace referencia a documentos precontractuales que, no son de su competencia, y fueron parte de un proceso de Contratación publicado en la plataforma Secop II, frente al cual, la U.T. participó como oferente, por lo que no han vulnerado algún derecho fundamental del accionante, solicitando se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo que a ellos respecta.

El A quo, resolvió declarar improcedente la presente acción constitucional incoada por el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo recordando la regla general de la improcedencia de la acción

de tutela cuando se disponga de otros medios para hacer valer sus derechos, salvo sean ineficaces o exista la ocurrencia de un perjuicio irremediable, trayendo a colación sentencia constitucional sobre la procedencia de la acción para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos, determinándose si se trata de actos administrativos de carácter general o particular y pudiesen ser objetos de la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, y que si deseaba suspender el concurso por actuaciones surtidas en etapa contractual sometida a licitación pública, en primera medida debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los medios de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción de Controversias contractuales, y no acudir a la tutela, mas cuando dentro de su escrito no se argumentó ni se demostró que los medios ordinarios resultaban ineficaces, y no se alegó ni se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo que no había razón para acudir directamente al juez constitucional, declarando así la improcedencia de la presenta acción de amparo constitucional.

En consecuencia del estudio del plenario esta Sala observa que, el accionante, al momento de presentación de su tutela, aporta información o elementos demostrativos dirigidos a la protección de sus derechos fundamentales, tales como: Link del proceso de selección FNG-NC-LP-005-2024 del portal SECOP II, fallo de tutela e incidente de desacato del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cartagena; sin que los mismos demuestren la ocurrencia de un perjuicio irremediable o situación de vulnerabilidad que conlleve a la Sala, a determinar que el sujeto activo de la acción, merece especial protección constitucional.

Además se comprueba que el accionante, al momento de presentar la impugnación, en sus argumentos de reparo, señala que resultaba claro que, la Comisión de Carrera, incurre en un defecto o vía de hecho, al omitir consignar en actos administrativos a publicarse de las decisiones de la Comisión Especial de Carrera que según su reglamento interno, deben ser recogidas en actos administrativos, que

previamente a su publicidad, deben ser aprobados por la comisión, según los artículos 22 y 23 del Acuerdo 085 de 2017.

Alega que, la actualización del Manual Específico de Funciones es una obligación esencial para garantizar la transparencia y legalidad en un concurso de méritos, y según el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa debe desarrollarse con apego a los principios de publicidad, eficacia y legalidad.

En aras de tomar decisión de fondo por parte de esta Sala, es necesario traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la **Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos:**

Como se explicó en los párrafos anteriores, de la lectura 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.

De esta manera, si bien la regla general indica la improcedencia de la acción de tutela para dirimir los conflictos que se presentan en el marco de los concursos de méritos, cuando existen

actos susceptibles de control judicial y, especialmente, cuando las listas de elegibles adquieran firmeza, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha fijado algunas subreglas para orientar en qué casos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho *no es eficaz*, entendiendo que no permite materializar el principio del mérito en el acceso a los cargos públicos. Ello bajo la consideración previa de que, desde un examen abstracto, tal medio goza de idoneidad.

En este sentido, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando: **i)** el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; **(ii)** se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; **(iii)** el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional; y, finalmente, **(iv)** cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.

De las subreglas anotadas, se puede colegir por parte de esta Sala, que el actor, no cumple con ninguno de los requisitos para que de manera excepcional, se puedan proteger derechos a través del concurso de méritos, ya que **en el primer caso**, no se demostró dentro de los elementos aportados y en los informes rendidos, que lo pretendido por el actor, se trate sobre un empleo ofertado o denominado concurso de Mérito por la Fiscalía General de la Nación, pues por el contrario, se trata o consiste en la presentación conjunta a la Fiscalía General de la Nación, de una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato del Proceso de Licitación Pública FGN-NC-LP-0005-2024, con la empresa Talento Humano y Gestión S.A.S, sociedad legalmente constituida NIT. 900.360.278-9 y con domicilio principal en Bogotá D.C, cuyo objeto contractual es, *“Desarrollar el Concurso de Méritos FGN 2024 para la provisión de algunas vacantes definitivas*

de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (FGN), pertenecientes al sistema especial de carrera, en las modalidades de ascenso e ingreso, desde la etapa de inscripciones hasta la conformación y publicación de las listas de elegibles en firme.”

Frente al **segundo requisito**, en el caso concreto no se da, pues no se está, frente a la escogencia de los cargos a proveer por parte de la Fiscalía General de la Nación, y de acuerdo a la información rendida en la acción constitucional por las accionadas, tenemos que no hay lista definitiva, es decir, no hay acto administrativo, porque lo que se está atacando por el accionante, es el proceso licitatorio para organizar el concurso u ofertar las vacantes o cargos a proveer, lo cual no puede mirarse como una traba o dilación administrativa, porque ni siquiera han prescrito todas las fases del concurso.

En lo que respecta al **tercer requisito**, no se puede dar aplicabilidad, pues el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo no aporta documentos que se puede entender a través de ellos, que implican una relevancia constitucional, pues lo que obra en el expediente, no son suficientes para demostrar que esta persona haya sufrido alguna situación de discriminación relacionadas con su edad, física, de salud o condición sexual, lo cual es necesaria la intervención del juez constitucional, máxime, cuando la Dirección Ejecutiva y el Comité Evaluador de la Fiscalía General de la Nación informó a esta Sala, que el actor no diferenciaba el proceso licitatorio del concurso de méritos para proveer cargos en carrera; que la Licitación Pública es una modalidad de selección de contratistas mediante la cual se busca adquirir suministros, contratación de servicios o la ejecución de obras; mientras tanto, el Concurso de Méritos es el procedimiento por el cual se garantiza una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público, y su finalidad es identificar destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad y condiciones de los aspirantes al cargo, con un fin específico, obtener posición de mérito en una lista de elegibles.

En relación al **cuarto ítems**, no fue aportado, ni mencionado por el accionante alguna condición particular relacionada con su edad, estado de salud, condición social, entre otras, que le resulte desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, donde quedó demostrado, que es conocedor de los mecanismos a los cuales debe acudir y que aún no lo ha hecho, por lo que resulta precipitado acudir al juez de tutela en estos casos.

También se debe hacer un recuento de la Jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional sobre el la “Improcedencia de la acción de tutela en el caso concreto, por falta de acreditación del requisito de subsidiariedad” destacando que la acción de tutela propuesta por el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo, no acredita el requisito de subsidiariedad, en la medida en que cuenta con otro mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial, para obtener la satisfacción de sus pretensiones ante el juez administrativo.

Del análisis del trámite propuesto, la tutela no es la llamada a prosperar en primer lugar, para la defensa o protección de los derechos fundamentales avocados por el accionante, como quiero que, para suspender un acto administrativo, como el suspender el proceso de selección FNG-NC-LP-005-2024 de la Fiscalía General de la Nación, existe un mecanismo judicial idóneo el cual es, la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, o como bien lo dice el señor juez de primera instancia, según su naturaleza, a la Acción de Controversias Contractuales.

En consecuencia, no debe el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo, pretender discutir en sede de tutela, acerca de reparos en los lineamientos establecidos en el desarrollo de la convocatoria o proceso licitatorio de la Fiscalía, pues se desprende del escrito introductor que lo pretendido por el accionante por vía de tutela, es atacar o suspender el acto administrativo en lo que tiene que ver con la modificación de documentos previos a la adjudicación del contrato, y por no estar de acuerdo, pretenda la suspensión del proceso de

selección FNG-NC-LP-005-2024 hasta que se subsanen las irregularidades identificadas por él, cuando las mismas no han llegado a su fase final.

En igual sentido, la Corte Constitucional instruyó:

*Con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011 (en adelante “CPACA”), se 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. En este sentido, respecto de las condiciones para solicitar la aplicación de las medidas cautelares dispuestas en el CPACA, este tribunal se pronunció en la sentencia C-284 de 2014, providencia en la que 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.***

Del precedente citado, se puede determinar, que la Corte Constitucional descarta la procedencia de esta acción de tutela, por cuanto se constata que no se configura ninguna de las subreglas que permiten la viabilidad excepcional del amparo, previamente señaladas y estudiadas en esta providencia, lo que no se da en el caso sujeto bajo estudio.

En consecuencia, es de señalar que la parte accionante en su oportunidad, no presentó reclamación o inconformidad frente a las falencias encontradas en el Reglamento de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, prueba que no aportó; y que, en el presente caso, existe la posibilidad de agotar otro medio judicial idóneo de defensa, el cual es la acción de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho o la Acción de Controversias Contractuales.

Luego entonces, le asiste razón al *a quo* al declarar la improcedencia, toda vez, que la acción de tutela no es la vía idónea para declarar la nulidad de actos administrativos que considera el accionante como irregulares dentro del proceso de Licitación Pública de

adjudicación del contrato de Prestación de Servicios FGN-NC-0279-2024; como tampoco se advierte perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional, ya que los hechos descritos giran en torno a determinar el estudio de un proceso de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

La Sala aprecia que en lo relacionado con los requisitos adicionales para desempeñar los cargos de funcionarios en la Rama Judicial, referidos por el accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo en la modificación introducida por la Ley Estatutaria 2430 de 2024, es del caso expresar que no afectaba la etapa precontractual del proceso FGN-NC-LP- 0005-2024, en razón a que lo que se buscaba era contratar al operador logístico para el desarrollo del Concurso de Méritos FGN 2024, para proveer en carrera los cargos en vacancia definitiva al interior de la Fiscalía General de la Nación y su objeto, no buscaba seleccionar aspirantes a ocupar los cargos en carrera, en tanto, el concurso de Méritos solo se activa con el Acuerdo de Convocatoria, que no es una obligación del operador logístico, sino de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación. Queda entonces claro, que el código alfanumérico FGN-NC-LP005-2024, no es el nombre del Concurso de Merito alguno, sino la Licitación contratada por la Fiscalía General de la Nación para desarrollar el concurso de mérito.

Además, cuando no se acredita ni se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable que la amerite como mecanismo transitorio, y como el proceso de licitación pública ya culminó con la adjudicación de un Contrato de Prestación de Servicios, ya perfeccionado, suscrito y en etapa de ejecución, las acciones de la tutela no tienen incidencia en la etapa en la que se encuentra el proceso como lo señaló la Comisión de Carrera Especial de la FGN, por lo que acertó el *a quo* al declararla improcedente.

En lo referente a las actas de las deliberaciones de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, como ella expresara, estas se plasman en documentos, luego las de las sesiones

del 12 y 21 de junio de 2024, se consignaron en el documento de Estudio Previo publicados en la plataforma Secop II en julio el 17 de julio de 2024 y revocado este proceso, se publicaron en la plataforma desde el 18 de septiembre de 2024.

Así pues, el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico, pues la garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es cuando el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.

En consecuencia, en el presente asunto se confirmará la improcedencia de la acción de tutela por existir otro mecanismo de defensa idóneo, antes señalado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los cuales pueden ir acompañados de medidas cautelares contempladas en la Ley 1437 del 2011 para mayor eficacia, máxime que del acervo probatorio, no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que tornen viable la protección constitucional, aún de manera transitoria, y dispone de medios de defensa ante los cuales acudir en aras de defender sus aspiraciones al concurso de méritos que pretende ingresar.

Por lo anteriormente sustentado, no podrá esta Sala revocar la decisión inicial, lo que no cierra la puerta al accionante, a que pueda seguir intentando a través de los medios adecuados, como ya se indicó.

Se colige entonces, que en la presente acción de tutela queda demostrado que la Fiscalía General de la Nación, su Dirección Ejecutiva, Subdirección de Gestión Contractual, Comisión Especial de Carrera y Comité Evaluador Proceso Selección FNG-BC-LP-005-2024,

no violaron los derechos al Debido proceso e igualdad entre otros del accionante señor Manuel Salvador Peña Galindo, siendo claro que la impugnación impetrada, no tiene vocación de prosperar, por tener medios de defensa, por lo que la presente acción constitucional debe ser confirmada en su totalidad por lo anteriormente expuesto.

Por lo anterior, esta Sala procederá a confirmar en todas sus partes, la sentencia del 16 de diciembre de 2024, proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Barranquilla.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla, “administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”.

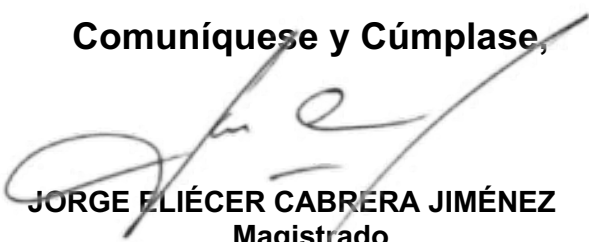
Resuelve:

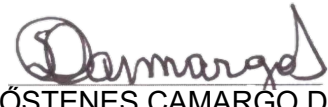
Primero: Confirmar la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2024, proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Barranquilla, en atención a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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

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

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado


DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA
Magistrado


LUIS JOSÉ REYES NÚÑEZ
Magistrado

OTTO MARTINEZ SIADO
Secretario