Función Pública

Sentencia 425 de 2019 Corte Constitucional

SENTENCIA T-425 DE 2019

Referencia: Expediente T-7.253.039

Acción de tutela instaurada por Gabriel Enrique Castilla Castillo y Juan Francisco Ortega Hernández en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-

Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos probados

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF) dio inicio a la convocatoria pública BF/15-007 para conformar una terna tendiente a proveer el empleo[1] de Director Regional 0042 Grado 018 Sucre[2].

2. En el aviso de invitación de la convocatoria BF/15-007[3], fijado el 13 de abril de 2015, el ICBF informó las condiciones y parámetros del concurso, entre estas las pruebas a aplicar y los puntajes de cada componente:

Convocatoria BF/15-007				
Clase de prueba	Carácter de la prueba	Puntaje mínimo aprobatorio	Puntos	Mínimo acumulado para la entrevista
Conocimientos	Eliminatoria	22,5	30	
Antecedentes	Clasificatoria		15	
Aptitudes[4]	Clasificatoria		25	56 puntos
Entrevista	*Para quienes al sumar los 3 resultados anteriores sea igual o mayor a 56 puntos*		30	

3. Los señores Gabriel Enrique Castilla Castillo y Juan Francisco Ortega Hernández participaron en la convocatoria[5], presentaron las pruebas y obtuvieron los siguientes puntajes[6]:

Clase de prueba	Gabriel Castilla (CC 79.579.232)	Francisco Ortega (CC 92.153.391)
Conocimientos	30 puntos	28 puntos
Antecedentes	8 puntos	8 puntos
Aptitudes	22 puntos	22 puntos
Entrevista	24,90 puntos	27,30 puntos
Total	84,90 puntos	85,30 puntos

4. El 11 de enero de 2017, tras ser publicados los resultados de las pruebas aplicadas en la convocatoria, el ICBF conformó y envió al Gobernador del Departamento de Sucre la terna para proveer el empleo ofertado. En dicha terna fueron incluidos los accionantes y la señora Jacqueline Hernández Pallares[7].

5. El 17 de enero de 2017, el Gobernador eligió de la terna a la señora Hernández Pallares[8].

6. En el trámite de ratificación del nombramiento, la Directora General del ICBF constató que la designación de la señora Hernández Pallares no era viable pues se encontraba incursa en una causal de inhabilidad[9].

7. Dado el hecho anterior, el ICBF devolvió al Gobernador la terna de la que hacían parte los señores Castilla y Ortega, a fin de que fuera escogido, de entre estos, el candidato para ocupar el cargo[10], previo agotamiento de la etapa de ratificación.

8. El Gobernador seleccionó al señor Castilla[11].

9. Durante el trámite de ratificación, y por intermedio del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, el ICBF consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que precisara el alcance de la Sentencia C-295 de 1995, en relación con las circunstancias fácticas de la convocatoria BF/15-007. Según dicha sentencia, *"en el evento en que medie algún pronunciamiento que imposibilite el nombramiento como por ejemplo la presencia de una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento".*

10. Mediante el concepto No. 2354 del 25 de octubre de 201712, la Sala de Consulta precisó que en supuestos como el descrito se debía repetir el proceso de escogencia y nombramiento, lo que significaba el deber del ICBF de *"realizar un nuevo proceso de conformación de la terna"*, para lo cual se debía *"declarar desierto el concurso"* BF/15-007[13]

11. Con fundamento en el citado concepto, mediante la Resolución No. 0508 de 23 de enero del 2018[14], el ICBF declaró desierto el concurso BF/15-007 e inició la convocatoria BF/18-002 para conformar, nuevamente, *"la lista de la cual se seleccionará la terna para el cargo de Director Regional"* de Sucre[15].

12. En el aviso de invitación de esta nueva convocatoria[16], que se fijó el 21 de marzo de 2018, el ICBF informó las condiciones y parámetros del concurso, entre estos, las pruebas a aplicar y los puntajes de cada componente, que variaron en relación con aquellos dispuestos en la convocatoria que se declaró desierta, así:

Convocatoria BF/18-002[17]

Clase de prueba	Carácter de la prueba	Puntaje mínimo aprobatorio	Puntos	Mínimo acumulado para la entrevista
Conocimientos	Eliminatoria	26	40	
Antecedentes	Clasificatoria		20	
Competencias	Clasificatoria		20	52 puntos
Entrevista	*Para quienes al sumar los 3 resultados anteriores sea igual o mayor a 52 puntos*		20	

13. Los accionantes se inscribieron y fueron admitidos para participar en la nueva convocatoria[18].

14. Según el cronograma establecido en el aviso de invitación, el ICBF programó la aplicación de la prueba de conocimientos para el 22 de junio de 2018[19].

2. Solicitud de tutela[20]

15. El 14 de junio de 2018, Gabriel Enrique Castilla Castillo y Juan Francisco Ortega Hernández presentaron acción de tutela en contra del ICBF y el Departamento Administrativo de la Función Pública (en adelante, DAFP). Consideraron que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales *"al mérito probado"*, a la igualdad, al acceso a cargos públicos, al trabajo y al debido proceso[21]. Indicaron que en la nueva convocatoria –BF/18-002– no se les permitió conservar los puntajes obtenidos en la convocatoria que fue declarada desierta -BF/15-007-[22], en caso de que fuesen superiores a los que pudieran obtener en el nuevo concurso.

16. Para efectos de fundamentar lo anterior, señalaron que durante el trámite de la convocatoria BF/15-012, adelantada por el ICBF para proveer el cargo de Director Regional del Magdalena, en una decisión de tutela, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Magdalena garantizó a una concursante el derecho a mantener el puntaje que más la favorecía, entre el obtenido en una convocatoria de la que participó y se declaró desierta y el que obtuviera en la nueva convocatoria en que participaba[23]. En consecuencia, solicitaron al juez de tutela que se ordenara a las accionadas *"mantener en la nueva convocatoria (BF/18-002) … el puntaje final que obtuvieron en la convocatoria de méritos BF/15-007, cuyo concurso fue declarado desierto, o su equivalencia en el nuevo concurso, salvo que en el nuevo concurso obtengan una mayor puntuación en cada etapa, caso en el cual se deberá preferir el mayor puntaje"*[24]. Así mismo, pidieron que la acción de tutela *"se falle ultra y extra petita"*[25].

3. Respuesta de las entidades accionadas

17. El 26 de junio de 2018, por una parte, el DAFP solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva. Señaló que si bien suscribió con el ICBF el convenio interadministrativo No. 060 del 27 de noviembre de 2008, *"para el diseño y ejecución del proceso de selección por mérito para la conformación de las listas de las cuales se conformarán las ternas para la designación de los Directores Regionales del ICBF … no intervino en la conformación de la terna ni su posterior envío al Gobernador"*[26]. De otra parte, pidió que se declarara improcedente la solicitud de amparo porque *"lejos de evidenciar la violación de … derechos fundamentales o un perjuicio irremediable, se encamina a la inaplicación o modificación de actos administrativos de naturaleza general y abstracta cuyo control de legalidad corresponde a otras autoridades judiciales*[27].

18. El 27 de junio de 2018, el ICBF solicitó al juez constitucional declarar improcedente la tutela. Señaló que los actores debían acudir a los medios de defensa ordinarios para solicitar la protección de los derechos presuntamente vulnerados. Además, sostuvo que *"no ha incurrido en acción u omisión"*, por cuanto: *(i)* el proceso de selección adelantado mediante la convocatoria BF/15-007 *"fue declarado desierto"* y, por lo tanto, *"dejó de tener efectos jurídicos"*[28] *(ii)* las condiciones establecidas para las convocatorias BF/15-007 y BF/18-002 *"difieren sustancialmente"*[29], pues se modificó el valor porcentual y el diseño de las pruebas aplicadas y *(iii)* el fallo de tutela cuya aplicación solicitan los accionantes *"tiene efectos inter partes"*[30] y los hechos que lo *"fundamentaron … no coinciden con los expuestos por los accionantes en el actual caso"*[31].

4. Decisiones objeto de revisión

19. Sentencia de primera instancia[32]. El 7 de septiembre de 2018, el Juzgado Primero de Familia de Valledupar (Cesar) negó la solicitud de amparo. Por una parte, concluyó que *"no existe argumento plausible ni evidencia probatoria que permita conferir el amparo deprecado y con ello acceder a la pretensión principal encaminada a validar en el concurso que está en curso el puntaje obtenido en el anterior"*[33]. De otra, indicó que, *"si bien la tutela se presentó como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en este caso particular no se evidencia que se configure"*[34]. Finalmente, manifestó que no era posible acceder a la pretensión de aplicar la sentencia de tutela proferida en un caso similar, por cuanto *"la única similitud que existe entre las dos situaciones que es* sic *estamos en presencia de concursos de mérito convocados por el ICBF para proveer el cargo de Director y que fueron declarados desiertos"*[35].

20. Impugnación[36] El 14 de septiembre de 2018, los accionantes impugnaron la decisión. Adujeron que la decisión del juez de primera instancia: *(i)* incurrió en desconocimiento del precedente por no aplicar las reglas fijadas en la Sentencia T-748 de 2015[37]; *(ii) "dio por cierto hechos que no concuerdan con la realidad"*[38], al señalar que no se inscribieron y no participaron en la nueva convocatoria BF/18-002; *(iii)* desconoció que *"en ningún momento* se puso *en entredicho la legalidad o ilegalidad del acto administrativo"* que declaró desierta la convocatoria BF/15-007[39] e *(iv)* incurrió *"en imprecisiones jurídicas al aplicar* un *test de igualdad, realizándolo con desconocimiento a la jurisprudencia o precedente constitucional"*[40].

21. Sentencia de segunda instancia[41]. El 23 de octubre de 2018, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) revocó la decisión del *a quo*. En su lugar, concedió el amparo. Concluyó que la tutela era procedente, por cuanto *"la acción de nulidad y restablecimiento de derechos para atacar los actos proferidos dentro del concurso de méritos … no es idónea para … tenerles en cuenta en el proceso de selección el puntaje más alto obtenido"*[42]. Frente al fondo del asunto, señaló que *"en la invitación al concurso de méritos BF/18-002 no se advierte ninguna regla que haga referencia a la posibilidad de considerar el mejor puntaje"*[43]. Lo anterior, máxime que, *"de conformidad con el precedente jurisprudencial sentado en la sentencia T-748 de 2015, … el ICBF transgrede los derechos fundamentales de los accionantes al desconocerles el mejor puntaje obtenido"*[44]. Por tanto, ordenó al ICBF lo siguiente:

"evaluar a los accionantes de acuerdo al puntaje más favorable obtenido en las convocatorias BF/15-007 y BF/18-002 en lo que respecta a la prueba de conocimientos, antecedentes y entrevista, de forma que, si es el caso, se adecúe el guarismo obtenido en la primera convocatoria al valor porcentual que corresponda al actual concurso de méritos que se está adelantando"[45].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

23. En atención a los antecedentes que sirven de fundamento a la presente solicitud de amparo, la Sala constata que la alegada vulneración del *"mérito probado"* y de los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, al trabajo, al debido proceso y a la igualdad de los tutelantes se circunscribe, de un lado, a la presunta omisión del ICBF de incluir una regla en las bases del concurso BF/18-002 que les hubiese permitido conservar los puntajes obtenido en el proceso declarado desierto –BF/15-007–, de ser superiores a los que pudieran obtener en la nueva convocatoria. De otro lado, a la presunta omisión del ICBF de considerar, al momento de definir las reglas de la nueva convocatoria, la *ratio decidendi* de la sentencia de tutela de noviembre 21 de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y lo previsto en la Sentencia T-748 de 2015, proferida por la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional.

24. De conformidad con los términos en que se encuentra planteado el caso, la Sala deberá examinar si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia y, de satisfacerlos, formular y resolver los problemas jurídicos sustanciales del caso.

3. Requisitos generales de procedencia

25. Legitimación en la causa por activa[46]*.* En el asunto *sub examine* se satisface el requisito de legitimación en la causa por activa. La tutela fue interpuesta por los señores Gabriel Enrique Castilla Castillo y Juan Francisco Ortega Hernández, quienes son las personas presuntamente afectadas por las omisiones de las entidades accionadas, en el marco de la definición de las reglas de la convocatoria BF/18-002, destinada a conformar la terna para proveer el empleo de Director Regional del ICBF Sucre.

26. Legitimación en la causa por pasiva[47]. La Sala Primera considera acreditada la legitimación en la causa por pasiva del ICBF, pues es la entidad estatal encargada de adelantar la convocatoria BF/18-002; por tanto, es la presuntamente responsable de haber omitido los deberes que le atribuyen los accionantes y que presumiblemente desconocieron sus derechos fundamentales.

27. Por el contrario, el DAFP carece de legitimación en la causa por pasiva. Si bien es el órgano de dirección y gestión del empleo y de la gerencia pública[48], que se encarga de formular la política, planificar y coordinar el recurso humano al servicio de la Administración Pública, a nivel nacional y territorial[49], lo cierto es que el concurso de méritos en el que se presenta la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los tutelantes es competencia exclusiva del ICBF.

28. Inmediatez[50]. La acción de tutela satisface la exigencia de inmediatez.

29. La Sala constata que la solicitud de amparo fue interpuesta en un término razonablemente oportuno[51] pues, por una parte, transcurrieron aproximadamente 3 meses entre el hecho que originó la presunta violación de los derechos fundamentales y la de su presentación. En efecto, de un lado, el 21 de marzo de 2018[52] fue fijado el *"aviso de invitación"* para la convocatoria BF/18-002, en la que presuntamente el ICBF omitió[53] *(i)* mantener a los tutelantes *"el puntaje obtenido en la convocatoria BF/15-007 … al momento de abrirse el nuevo concurso de méritos"*[54] y *(ii)* tener en cuenta *(a)* lo dispuesto en el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 21 de noviembre de 2016 y *(b)* la Sentencia T-748 de 2015. De otro lado, la tutela fue presentada el 14 de junio del mismo año[55].

30. Por otra parte, dado que el aviso de invitación de la convocatoria BF/18-002 es un acto administrativo de carácter general[56], y puesto que se acusa de no haber incluido una regla que les garantizara a los accionantes conservar los mejores puntajes entre aquellos que obtuvieron en el concurso que se declaró desierto y la nueva convocatoria, su constitucionalidad –y, por tanto, la protección de los derechos fundamentales que alegan– puede ser cuestionada en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento, cuya caducidad no había operado para el momento en que se interpuso la acción de tutela, razón por la cual es posible inferir que esta se presentó en un término razonable[57]. Esto es así, dado que entre la fecha de publicación del aviso de convocatoria –21 de marzo de 2018– y la presentación de la tutela –14 de junio de 2018– no transcurrió un término superior a 4 meses[58].

31. Subsidiariedad. Según disponen los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, que solo procede cuando el solicitante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable de *"naturaleza ius fundamental"*[59]

32. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en asuntos relativos a concursos de méritos los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[60] Por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable.

33. En el presente asunto la acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad y, por tanto, es improcedente. Los accionantes podían debatir la pretensión formulada por vía de tutela ante la entidad organizadora del concurso, circunstancia que omitieron –numeral 3.1 *infra*–; además, lo podían hacer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho –numeral 3.2 *infra*–, y, en este escenario judicial, exigir el decreto de medidas cautelares –numeral 3.3 *infra*–. Además, de los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo no es posible inferir la configuración de un supuesto de perjuicio irremediable, en relación con ninguno de los intereses y derechos fundamentales cuya protección solicitaron –numeral 3.4 *infra*–.

3.1. Reclamaciones ante la entidad administradora del concurso

34. En primer lugar, los accionantes no cuestionaron el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales por la supuesta omisión inconstitucional en que habría incurrido el ICBF al determinar las reglas de la convocatoria BF/18-002. En particular, en lo que tiene que ver con el alegado desconocimiento del principio de igualdad, en ningún momento plantearon ante el ICBF la presunta omisión de considerar la *ratio decidendi* de la sentencia de tutela de noviembre 21 de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta –argumento propuesto en la acción de tutela–, y de la Sentencia T-748 de 2015 –argumento propuesto en la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia que negó sus pretensiones–.

35. En segundo lugar, dado que los tutelantes no cuestionaron ante la entidad la presunta omisión inconstitucional en que habría incurrido, pudieron hacerlo, en concreto, al momento de conocer los resultados de las pruebas aplicadas en la convocatoria BF/18-002. Si bien, el supuesto hecho generador de la vulneración es el aviso de invitación a la convocatoria, por haber omitido incluir una regla de conservación del mejor puntaje, lo cierto es que en la acción de tutela se reclama un asunto relativo a la modificación de las calificaciones obtenidas en el concurso. En esa medida, *"atendiendo las circunstancias"* en que se encontraban los solicitantes[61], teniendo en cuenta que al momento de la presentación de la tutela ni siquiera se había llevado a cabo la prueba de conocimientos y, en consecuencia, tampoco los resultados de la convocatoria BF/18-002, los accionantes habrían podido presentar su inconformidad contra tal calificación, por ser *"el acto que … define su situación particular a la luz de su participación en el concurso de méritos"*[62].

36. En efecto, en relación con las dos razones ya citadas, las reglas del concurso y los listados de publicación de resultados[63] dan cuenta de que, en el aviso de invitación a la convocatoria BF/18-002, el ICBF estableció la posibilidad de presentar reclamaciones contra cada una de las actuaciones que se dieran en desarrollo de este, en los siguientes términos:

"1. Reclamaciones: solo se aceptarán reclamaciones dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la publicación del listado de admitidos y resultados de cada una de las pruebas. Se deben presentar a través del correo electrónico: concursoicbf@funcionpublica.gov.co. Las reclamaciones que se presenten fuera de las fechas señaladas, no serán tenidas en cuenta y se rechazarán de plano"[64]

37. Con todo, los actores prefirieron acudir directamente a la tutela para exigir su presunto derecho a la conservación del puntaje –aspecto meramente procedimental, como se precisa más adelante–, en lugar de haber ejercido ante la entidad administradora del concurso las reclamaciones que tenían a su disposición.

3.2. Existencia de mecanismos judiciales ordinarios

38. De los hechos que fundamentan la solicitud de amparo no se advierte que los mecanismos ordinarios carezcan de idoneidad para lograr un amparo integral. Además, tampoco se acredita alguna circunstancia que limite la eficacia del mecanismo judicial *prima facie* procedente –nulidad y restablecimiento del derecho[65] o que desvirtúe su celeridad para garantizar la protección de los derechos constitucionales fundamentales[66].

39. Teniendo en cuenta que la pretensión de los actores se restringe al restablecimiento material de su derecho subjetivo a la conservación del mejor puntaje[67], estos disponían del medio de nulidad y restablecimiento del derecho[68], a fin de cuestionar el contenido del aviso de invitación a la convocatoria BF/18-002[69].

40. Ahora bien, cabe precisar que la competencia del juez de tutela no se torna preferente simplemente porque los concursos de méritos tengan plazos cortos para su ejecución. De admitirse que el tiempo en que se surten las etapas de una convocatoria es una condición que limita *per se* la eficacia del medio ordinario, el juez constitucional se convertiría en el juez universal de los concursos. Precisamente, por lo anterior, esta Corte ha reconocido que,

"la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales"[70].

3.3. Medidas cautelares

41. Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares[71] para solicitar la protección y garantía provisional del *"objeto del proceso y la efectividad de la sentencia"*[72].

42. Teniendo en cuenta que *"la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional"*[73], los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: *(i)* el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, *(ii)* la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o *(iii)* la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18-002[74]. Incluso, *(iv)* podían pedir que el juez administrativo adoptara una *medida cautelar de urgencia*, si de las particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial[75].

43. Tales medidas eran idóneas y eficaces, conforme a las circunstancias del asunto *sub examine*, sobre todo porque entre la fecha de publicación de la invitación –21 de marzo de 2018[76]– y la de realización de la prueba de conocimientos –programada para el 22 de junio de 2018– mediaba un plazo razonable para que el juez administrativo se hubiese pronunciado.

3.4. Inexistencia de perjuicio irremediable

44. La valoración del perjuicio irremediable, en tanto riesgo de afectación negativa, jurídica o fáctica a un derecho fundamental exige que concurran los siguientes elementos[77]. Por una parte, debe ser *cierto*, es decir que existan fundamentos empíricos que permitan concluir que el riesgo que se pretende evitar sí puede ocurrir dentro del contexto fáctico y jurídico del caso. En otros términos, debe existir *"plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado"*[78]. Además, la certeza del riesgo debe tener una *alta probabilidad* de ocurrencia; no puede tratarse de una simple conjetura hipotética o una simple percepción del solicitante[79]. De la misma forma, el riesgo debe ser *inminente*, o sea, que *"está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo"*[80].

45. De los hechos que fundamentan la presunta vulneración no se evidencia una actuación omisiva por parte del ICBF que pueda afectar de forma irremediable el *"mérito probado*" (numeral 3.4.1 *infra*), los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo (numeral 3.4.2 *infra*), al debido proceso (numeral 3.4.3 *infra*) o a la igualdad (numeral 3.4.4 *infra*), que justifique la intervención perentoria del juez constitucional, por las razones que a continuación se exponen.

3.4.1. El "mérito probado"

46. La tutela no es procedente para evitar el acaecimiento de un riesgo de un perjuicio irremediable frente al "mérito probado", dado que no se trata de un derecho constitucional fundamental y, además, aun cuando se considere un interés jurídicamente relevante, no se encuentra probado que la omisión de mantener el mejor puntaje reportado en las convocatorias BF/15-007 y BF/18-002 lo desconozca.

47. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 86 superior y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene por objeto proteger los derechos constitucionales fundamentales. En esa medida, esta solo es procedente cuando el juez advierta que su intervención es urgente para conjurar la amenaza a uno de tal carácter.

48. Contrario a lo señalado por los tutelantes, del artículo 125 de la Constitución no se deriva una garantía *ius fundamental* al mérito probado sino una regla regulatoria para el acceso y permanencia en la función pública. El mérito es, de un lado, un criterio o regla para la escogencia de los mejores candidatos y, de otro, el factor definitorio[81] para el acceso, permanencia y retiro del empleo público[82]. Por tanto, es evidente que *prima facie* no es posible inferir la existencia de un riesgo *cierto* y *altamente probable* de perjuicio irremediable al mérito probado, por cuanto este criterio ni siquiera puede verse enfrentado a una *"amenaza o vulneración directa, concreta y particular"*, precisamente, por no ser un derecho fundamental.

49. Ahora bien, a pesar de que se trata de un interés jurídico relevante –que no del carácter de un derecho fundamental–, no es posible inferir que de la omisión de mantener el mejor puntaje reportado en las convocatorias BF/15-007 y BF/18-002 se siga su desconocimiento, dado que el mérito lo que garantiza es que la selección se fundamente *"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 impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables"*[83].

50. A lo anterior debe agregarse que no es posible inferir del artículo 125 constitucional, como tampoco de las disposiciones de la Ley 909 de 2004, que el mérito proteja una presunta *expectativa de conservación del mejor puntaje*, en aquellos supuestos en los que un concurso previo hubiese sido declarado desierto. Esta inferencia es mucho menos plausible en aquellos supuestos en que se pretende su protección en concursos para la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción, si se tiene en cuenta que el mérito es un *"elemento destacado de la carrera administrativa"*[84], cuya finalidad es evitar la arbitrariedad de la administración en los procesos de selección, que no definitorio de la provisión de aquellos –libre nombramiento y remoción–. Sin perjuicio de lo dicho, tampoco sería posible la protección de aquella presunta expectativa, dada la disimilitud de parámetros de calificación que se utilizaron en ambos concursos (BF/15-007 y BF/18-002).

3.4.2. Acceso a cargos públicos y trabajo

51. En el presente asunto no concurren los presupuestos fácticos que permitan inferir que la afectación de los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo sea *cierta*.

52. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público consiste en la prerrogativa que tiene toda persona depresentarse a concursar, luego de haber acreditado los requisitos previstos en la respectiva convocatoria, y, una vez superadas las etapas del concurso, a evitar que terceros restrinjan dicha opción[85]. Ciertamente, el ámbito de su protección se circunscribe a *(i) "la posesión* hace referencia al acto de posesión en un cargo público *de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo"*, *(ii)* la prohibición de establecer requisitos adicionales para posesionar a la persona que ha cumplido con las exigencias previstas por el concurso, *(iii)* la facultad del concursante de elegir de entre las distintas opciones de cargos públicos disponibles, de ser el caso, aquella que más se ajuste a sus preferencias y *(iv)* la prohibición de *"remover de manera ilegítima"* a una persona que ocupa un cargo público[86].

53. De otra parte, jurisprudencialmente se ha reconocido que el derecho al trabajo contiene tres ámbitos[87]. Primero, el de la libertad de escoger profesión u oficio. Segundo, el de la posibilidad de prestar el servicio contenido en la actividad laboral en condiciones no discriminatorias. Por último, el de que su ejercicio implica una función social. Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, una vez ha superado satisfactoriamente las pruebas aplicadas en la convocatoria[88]. Es, precisamente, en este supuesto que el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del triunfador[89]. Lo anterior significa que *"la vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima"*[90.]

54. De acuerdo con los elementos expuestos, no es posible inferir que exista *certeza* en la posible amenaza o vulneración de los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo de los tutelantes.

55. Su pretensión de conservar el mejor puntaje reportado en las convocatorias BF/15-007 y BF/18-002 no está comprendida en el ámbito de protección de estas garantías constitucionales.

56. En relación con el derecho al acceso a cargos públicos, no existe certeza del acaecimiento del perjuicio irremediable, precisamente, porque de los hechos que fundamentan la tutela no se derivan los presupuestos fácticos que permitan concluir la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo al cual simplemente aspiraban[91].

57. La misma lógica se predica respecto del derecho al trabajo, en tanto la alegada vulneración no da cuenta de *"la acción o la omisión"*[92] arbitraria del ICBF, tendiente a impedir el ejercicio de la actividad laboral contenida en el empleo público ofertado. Por lo anterior, no se está en presencia de una amenaza *real* e *inminente* y, menos aún, *probable* a estos derechos fundamentales.

3.4.3. Debido proceso

58. l presente asunto no es un evento en el que sea necesario conjurar un perjuicio irremediable, por cuanto no concurren los elementos del derecho al debido proceso protegidos en concursos de méritos que den cuenta de una amenaza *cierta* y *probable*[93]

59. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el respeto al debido proceso involucra *"los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración"*[94]. Esto significa el deber de la entidad administradora del concurso de *(i)* fijar de manera precisa y concreta las condiciones, pautas y procedimientos del concurso, *(ii)* presentar un cronograma definido para los aspirantes[95], *(iii)* desarrollar el concurso con estricta sujeción a las normas que lo rigen y, en especial, a las que se fijan en la convocatoria, *(iv)* garantizar *"la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes"*[96], *(v)* asegurar que *"los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado"*[97] y *(vi)* no someter a los participantes a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas[98]. En tales términos, esta Corte ha indicado que la acción de tutela procede únicamente ante la necesidad de *"adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho"*[99].

60. En el asunto *sub examine*, si bien los accionantes manifestaron que actuaron *"de buena fe dentro del concurso meritocrático público y abierto convocatoria BF/15-0007 para la conformación de la terna para proveer el cargo de Director ICBF Regional Sucre"*[100], la Sala no advierte la presencia de irregularidades en el concurso BF/18-002 que pudieran derivar en una amenaza al debido proceso y, por tanto, que sea procedente su estudio de fondo. En efecto, en desarrollo de esta segunda convocatoria, la entidad organizadora del concurso no cambió *"las reglas de juego aplicables"*[101] o sorprendió a los concursantes con un incumplimiento en las etapas o en los procedimientos establecidos[102]. Por el contrario, permitió que los participantes pudiesen controvertir los actos y ejercer control sobre las etapas y la forma en que se llevó a cabo el

concurso. En el expediente obra prueba de que la entidad publicó el aviso de convocatoria y lo puso a disposición de los participantes. Esta situación también se verifica respecto de los demás actos inherentes al desarrollo del concurso[103]. En consecuencia, la tutela es improcedente ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, dado que el derecho al debido proceso de los actores no se ha visto enfrentado en ningún momento a una amenaza de vulneración *cierta*, y con una *alta probabilidad* de ocurrencia[104].

3.4.4. Igualdad

61. La tutela es improcedente frente a la solicitud de protección del derecho a la igualdad porque no se verifican los presupuestos fácticos que deriven en la configuración de un supuesto de perjuicio irremediable. En efecto, no existe un riesgo de afectación al derecho a la igualdad de los actores, por cuanto estos nunca solicitaron al ICBF que les conservara los puntajes obtenidos en la convocatoria BF/15-007, en caso de que fuesen superiores a los que pudieran obtener en el nuevo concurso BF/18-002. Además, las decisiones judiciales referidas por los tutelantes no podían considerarse *prima facie* un precedente vinculante para la autoridad administrativa demandada, amén de que no guardaban una relación de analogía estricta.

62. El ICBF no pudo incurrir *prima facie* en una amenaza de vulneración al derecho a la igualdad porque los accionantes acudieron de forma directa a la tutela sin haber solicitado previamente al ICBF que les conservara los puntajes obtenidos en el concurso BF/15-007, en caso de que fueran superiores a los que llegasen a alcanzar en la convocatoria BF/18-002. Además, ninguno de los actores le solicitó a la entidad tener en cuenta la regla de conservación del mejor puntaje que, en su criterio, se derivaba del fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y de la Sentencia T-748 de 2015[105]. Por tanto, la entidad no tuvo siquiera la posibilidad de valorar la aplicación de dicha regla para el desarrollo de la convocatoria BF/18-002. Para la Sala, la tutela no es un mecanismo a disposición de los participantes de los concursos públicos para solicitar la modificación de aspectos procedimentales, tales como la inclusión de una determinada regla para la valoración de puntajes o calificaciones; esto, máxime, cuando en el marco de dicho proceso los participantes ni siquiera han puesto en conocimiento de la entidad encargada del desarrollo del concurso el deber de considerar tales circunstancias. Lo dicho da cuenta, de manera suficiente, de la inexistencia de un riesgo de perjuicio irremediable al derecho a la igualdad, por no concurrir los elementos de juicio necesarios para derivar una afectación *real* e *inminente*.

63. A pesar de la suficiencia del razonamiento que antecede, existen dos razones adicionales que desvirtúan la presunta obligación que los accionantes atribuyen al ICBF de considerar la aplicación de las referidas decisiones judiciales –máxime que, se reitera, nunca le fueron propuestas–.

64. Por una parte, advierte la Sala que, tal como fue señalado por el ICBF en la contestación a la demanda, la sentencia de tutela dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta es una decisión con efectos *inter-partes*; es decir, su fuerza vinculante se predica únicamente frente a lo decidido en ese particular asunto. Por tanto, dado que no constituía un precedente vinculante para el ICBF, no podía ser desconocido por esta. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, en materia de tutela, en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales, el precedente fijado por esta Corte es de obligatorio cumplimiento –esto es, vinculante para las autoridades administrativas–, *"ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma"*[106]. Ciertamente, solo la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional tiene incidencia directa y general en materia de tutela[107], dado que sus decisiones *"son obligatorias tanto en su parte resolutiva como en su ratio decidendi, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia"*[108]. En esa medida, los accionantes no podían esperar razonablemente que su asunto fuera resuelto de la misma forma que en la citada providencia que se consideró omitida –la proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta –[109], dado que no constituía un precedente vinculante para el ICBF[110]. Por tanto, el derecho a la igualdad de los tutelantes nunca se vio enfrentado a una amenaza de afectación *cierta*.

65. De otra parte, sin perjuicio del argumento anterior, en relación con la carencia de fuerza vinculante de la sentencia de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta para efectos de su seguimiento por parte del ICBF, ni esta providencia ni la Sentencia T-748 de 2015 –que únicamente se indicó que fue desconocida en la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia– regulaban la situación fáctica y jurídica del caso *sub examine*. Por tanto, dado que entre aquellas y el caso que ahora estudia la Sala no existe una relación de analogía estricta no era exigible del ICBF el deber de aplicación de la *ratio decidendi* de tales providencias.

66. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el precedente judicial es *"la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"*[111]. Si bien las autoridades administrativas tienen el deber de respetar el precedente, este no constituye un deber absoluto. La fuerza vinculante del precedente exige que de la decisión judicial anterior se pueda predicar que regula el caso nuevo, al compartir un patrón fáctico común, por sus hechos o circunstancias. Debe acreditarse, por tanto, un vínculo de autoridad, fundado en la *analogía*[112]. En efecto, la *ratio* del fallo de tutela decidido con anterioridad debe estar inequívocamente relacionada con los hechos materiales del

caso administrativo a resolver. Dicho de otro modo, la regla jurisprudencial debe ser genuinamente análoga[113]. En ese sentido, ante la inexistencia de hechos materiales análogos, así como de elementos jurídicos y normativos semejantes, no es posible exigir de las autoridades administrativas el seguimiento de un precedente jurisprudencial, por la simple razón de que no existe un patrón replicable[114].

67. Conforme a los hechos expuestos por los tutelantes como fundamento de la solicitud de amparo, la Sala constata que las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional no constituyen un precedente que el ICBF hubiese debido tener en cuenta para efectos de determinar las reglas de participación de la convocatoria BF/18-002.

68. En primer lugar, entre la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (en la acción de tutela promovida por Uldis Arelis Pérez Maestre en contra del ICBF y el DAFP[115]) y el presente caso no existe una relación de analogía estricta, tal como se explicita en el cuadro siguiente:

Caso de Uldis Arelis Pérez Maestre en contra el ICBF y el DAFP[116]	
Situación fáctica relevante para el caso	La señora Pérez Maestre participó en la convocatoria BF/15-012 adelantada por el ICBF para conformar la terna de la cual se elegiría al Director Regional del Magdalena. Una vez realizadas las pruebas del concurso, fue la única que aprobó la prueba de conocimientos y obtuvo el puntaje exigido para ser llamada a entrevista. El ICBF declaró desierto el concurso por no contar con el mínimo de participantes exigidos para la conformación de la terna.
Pretensión de la tutelante	La señora Pérez solicitó *"que le practiquen la entrevista contemplada como la etapa subsiguiente al concurso de mérito BF/15-012, abierto para proveer la lista de la cual se seleccionaría la terna para ocupar el cargo de Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Magdalena".*
Problema jurídico relevante para el caso –decidido por la autoridad judicial–	Decidir si *"vulnera el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad de la accionante por no continuar con las etapas del concurso de mérito BF15-012, abierto para proveer la terna del cargo de Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Regional Magdalena-, en tanto fue declarado desierto dicho concurso".*
Ratio decidendi relevante para el caso	*"La Sala estima que debe ampararse los derechos fundamentales de la ciudadana Uldis Arelis Pérez Maestre, pues al haber sido la única concursante que superó el puntaje requerido para surtir la etapa de la entrevista en el concurso BF/15-012, entonces se le debe garantizar y respetar dicha puntuación en una nueva convocatoria y competición, sin perjuicio, claro está, de los derechos que en esta nueva convocatoria lleguen a obtener los concursantes que se inscriban, pero mucho menos obnubilando la posibilidad que, si la accionante decide concursar para mejorar su rendimiento, bien puede hacerlo y en este evento deberá escogerse finalmente el mejor puntaje mostrado por ella en ambas participaciones".*
Relación de analogía estricta	En la sentencia de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, *(i)* la accionante solicitó que se continuara el concurso de méritos BF/15-012, por haber obtenido el puntaje requerido para seguir con las etapas previstas para el desarrollo de la convocatoria. *(ii)* La accionante no se había presentado a un nuevo concurso, dado que el ICBF no había dado inicio a una nueva convocatoria. *(iii)* Al resolver la tutela, la autoridad judicial consideró que a la accionante debía mantenérsele la puntuación obtenida en la convocatoria BF/15-012, por ser la única participante que obtuvo el puntaje requerido para que se surtiera la etapa de entrevista. A diferencia de este caso, en el asunto sometido a consideración de la Sala, *(i)* no hay discusión frente a la pérdida de efectos de la convocatoria BF/15-007, declarada desierta. *(ii)* La pretensión de los tutelantes se orienta a que el ICBF les tenga en cuenta el puntaje obtenido en dicho concurso, en caso de ser superior al que alcancen en la nueva convocatoria BF/18-002 (circunstancia que debió hacer sido reglada en las bases de esta). *(iii)* Finalmente, los accionantes fueron admitidos a una nueva convocatoria para la provisión del cargo de Director Regional del ICBF Sucre, sin que hubiesen solicitado al ICBF incluir la regla de prevalencia del mayor puntaje en las reglas de esta.
Conclusión	Dadas las diferencias anotadas acerca de las particularidades de cada convocatoria y las pretensiones de los tutelantes en los respectivos asuntos, no se puede establecer una relación de analogía estricta entre los casos.

69. En atención a lo expuesto, la Sala comparte el criterio expuesto por el Juez de Primera Instancia, quien advirtió lo siguiente:

"la única similitud que existe entre las dos situaciones que es sic *estamos en presencia de concursos de mérito convocados por el ICBF para proveer el cargo de Director y que fueron declarados desiertos, pues mientras en* el *identificado en el párrafo anterior, la accionante era la única que alcanzó el puntaje para pasar a la etapa de entrevista, donde se vio frustrada su aspiración al no tener más aspirantes con quien conformar*

la terna necesaria para pasar a la siguiente fase; en cambio en el caso que ocupa ahora la atención del despacho la situación fáctica es totalmente diferente"[117].

70. Precisamente, al no concurrir un *tertium comparationis* que permita asimilar los casos y resolverlos conforme a idénticas reglas[118], el ICBF estaba exento de acatar un precedente inexistente. En tales términos, al no estar en presencia de un precedente que pudiese ser inobservado por el ICBF, no es posible advertir una amenaza de afectación *directa* y *concreta* al derecho fundamental de igualdad de los accionantes.

71. En segundo lugar, entre el caso resuelto por la Sentencia T-748 de 2015 (en lo referente al expediente T-3.618.908[119]) y el presente asunto no existe una relación de analogía estricta, tal como se explicita en el cuadro siguiente:

Sentencia T-748 de 2015	
Situación fáctica relevante para el caso	La Universidad Cooperativa de Colombia llevó a cabo un concurso de méritos para conformar la terna de la cual el alcalde del municipio de Montelíbano debía seleccionar al Gerente del Hospital local (cargo de libre nombramiento y remoción). El accionante fue la única persona que obtuvo un puntaje aprobatorio. Por tal razón, el concurso fue declarado desierto. El actor interpuso acción de tutela y, por ello, el juez de segunda instancia ordenó *"a los accionados para que convocaran nuevo concurso y ordenando a la Universidad Cooperativa que se respetara el derecho adquirido del señor Montes a ser incluido en la terna a remitir a la Junta Directiva del Hospital".* En consecuencia, el Hospital de Montelíbano, esta vez junto con la Corporación IDEAS, adelantó, nuevamente, el concurso de méritos a fin de conformar la lista de elegibles de la cual sería nombrado al Gerente del Hospital. A pesar de que el accionante no participó en la nueva convocatoria, en la lista de resultados aprobatorios se incluyó el suyo. En la nueva convocatoria otras personas obtuvieron puntajes superiores a los del actor y, por tal razón, quedó excluido de la terna.
Pretensión del tutelante	*"El accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales a* sic *debido proceso administrativo, al trabajo y a elegir y ser elegido. Instauró acción de tutela con la finalidad de que la Junta Directiva del Hospital de Montelíbano enviara la terna respectiva al alcalde y, este procediera a nombrar en el cargo al citado Montes como único ganador del concurso".*
Problema jurídico relevante para el caso –decidido por la autoridad judicial–	*"¿Se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de quienes en un concurso de méritos para designar gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), obtienen un puntaje aprobatorio, pero, el concurso se declara desierto puesto que el número de personas que alcanzaron puntaje aprobatorio, no resulta suficiente para conformar la terna y, por ende, no se provee el cargo para el cual se convocó?"*
Ratio decidendi relevante para el caso	*"De conformidad con lo precedentemente sentado, valora la Sala que los méritos probados por los aspirantes a la gerencia de la E.S.E. en un concurso, tiene que ser respetados, por ello, los puntajes obtenidos habrán de ser tenidos en cuenta cuando se logre integrar la terna. Entiende la Sala que para tal efecto y, una vez advertida la imposibilidad de integrar la terna, se requiere la realización inmediata del concurso o concursos que permitan lograr aquel cometido. Ahora, advierte la Sala que el participante o participantes que obtuvieron puntajes aprobatorios en el primer concurso, podrán participar en el siguiente o siguientes, pues de no permitírseles esa posibilidad, se les estaría quebrantando su derecho a un trato igual, en el entendido que quienes en el primer concurso no alcanzaron puntajes aprobatorios pueden participar en los siguientes concursos y eventualmente mejorar su rendimiento. … Se entiende además que el puntaje a tener en cuenta entre los varios que registre el concursante, es el mejor, tal acontece con quienes no habiendo mostrado aptitudes en el primer concurso mejoran su rendimiento en los siguientes e igual consideración debe darse a quienes en el primer certamen aprobaron. Una regla diferente a la inmediatamente sentada, privaría de todo sentido la participación de quienes intervinieron en el primer concurso, en las siguientes oposiciones. Tampoco sobra anotar que al tenerse en cuenta el mejor puntaje, este determinará el lugar que se ocupe entre los concursantes".*

Relación de analogía estricta	En la Sentencia T-748 de 2015, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó un asunto relativo al: *(i)* desarrollo de un concurso de méritos adelantado por un Empresa Social del Estado (ESE), cuya naturaleza jurídica se regula en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993[120]. *(ii)* Dicho concurso tenía como propósito la conformación de la terna para el cargo de Gerente del Hospital de Montelíbano, esto es, un empleo de *gerencia pública*. *(iii)* El régimen jurídico de la convocatoria estaba regido por los decretos 2993 de 2011, 800 de 2008 y la Resolución 165 de 2008. *(iv)* La declaratoria desierta del concurso se fundamentó en la ausencia de participación suficiente, dado que el actor fue el único aspirante. *(v)* La pretensión objeto de tutela no era tanto que se conservara el mayor puntaje en la convocatoria, sino que *"procediera a nombrar en el cargo al citado Montes* el accionante *como único ganador del concurso"*. (vi) El accionante no participó del concurso público posterior a aquel que se declaró desierto. En el presente asunto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analiza *(i)* un concurso de méritos administrado por el ICBF, establecimiento público descentralizado del orden nacional, regido por las leyes 75 de 1968 y 7 de 1979 y el Decreto Reglamentario 2388 de 1979. *(ii)* Este proceso público abierto está destinado a conformar la terna para el cargo de Director Regional del ICBF, es decir, un empleo de *dirección*. *(iii)* El régimen jurídico de la convocatoria para integrar la terna de Director Regional del ICBF se rige por el artículo 78 de la Ley 489 de 1998 y por el Título 28 del Decreto 1083 de 2015[121]. *(iv)* La declaratoria desierta del concurso se fundamentó en la concurrencia de una causal de inhabilidad en uno de los integrantes de la terna. *(v)* La pretensión objeto de tutela es que se les garantice el derecho al mejor puntaje entre las pruebas ya practicadas (en la convocatoria BF/15-007) o a aquellos que obtengan en la nueva convocatoria (BF/18-002), el cual no fue reconocido en las bases de esta.
Conclusión	En atención falta de identidad entre los hechos materiales (fácticos y normativos) de ambos casos, no es posible establecer una relación de analogía estricta.

72. En los términos anteriores, la Sala no evidencia un *riesgo* de amenaza al derecho a la igualdad por desconocimiento del precedente, pues no existe una relación de analogía estricta entre la Sentencia T-748 de 2015 y los hechos materiales del caso propuesto por los accionantes, del que se hubiese derivado un deber del ICBF de incluir una regla, en las bases de la convocatoria BF/18-002, que les garantizara el presunto derecho a mantener los mejores puntajes de las pruebas entre aquellas que obtuvieron en el concurso BF/15-007 y aquellos que llegaran a obtener como consecuencia de la aplicación de las nuevas pruebas. En efecto, la Sentencia T-748 de 2015 no regula un supuesto análogo al que es objeto de estudio en esta oportunidad; por el contrario, existe *"ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto"*[122]. Esta decisión, de haberse propuesto por los accionantes a su debido tiempo ante el ICBF, bien pudo haberse considerado como una pauta indicativa para establecer las reglas de la nueva convocatoria (al haber estudiado un tema común como es el de la posibilidad de conservar el mejor puntaje obtenido en un concurso de méritos), pero en ninguna medida vinculante.

4. Síntesis de la decisión

73. La Sala declaró improcedente la acción de tutela, por acreditar que los accionantes pudieron haber interpuesto las reclamaciones en contra de los actos proferidos en el trámite de la convocatoria BF/18-002, en los términos señalados por el ICBF en el aviso de invitación, además de que contaban con un mecanismo judicial ordinario y medidas cautelares para cuestionar su constitucionalidad y, en consecuencia, solicitar la aplicación de una *regla de conservación del mejor puntaje*. Por otra parte, se constató que este evento no se trataba de un caso en el hubiese sido necesario conjurar un perjuicio irremediable, dado que los hechos que sustentaron la solicitud de amparo no daban cuenta de una afectación cierta, altamente probable e inminente a los derechos fundamentales alegados por los tutelantes.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2018 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar), que revocó la decisión proferida el 7 de septiembre de 2018 por el Juzgado Primero de Familia de Valledupar (Cesar), que decidió conceder el amparo. En su lugar, declarar IMPROCEDENTE la tutela, por las razones expuestas en la parte motiva en esta providencia.

Segundo. LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí señalados.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, Y CÚMPLASE.

CARLOS BERNAL PULIDO

MAGISTRADO

DIANA FAJARDO RIVERA

MAGISTRADA

CON SALVAMENTO DE VOTO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

MAGISTRADO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

SECRETARIA GENERAL

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 La convocatoria se inició en el año 2015. Folio 24, cuaderno 1.

2 De conformidad con lo previsto por el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004, el empleo de Director Regional del ICBF es de libre nombramiento y remoción. Para proveer su vacante se debe adelantar el procedimiento prescrito por los artículos 2.2.28.1. a 2.2.28.6. del Decreto 1083 de 2015, que regulan la “designación de los directores o gerentes regionales o seccionales o quienes hagan sus veces, en los establecimientos públicos de la rama ejecutiva del orden nacional”. El proceso lo puede adelantar directamente la entidad pública interesada, acudir al apoyo de universidades públicas o privadas, de entidades privadas expertas en selección de personal o mediante la suscripción de convenios de cooperación. En el proceso se deben valorar los criterios de mérito, capacidad y experiencia. Surtido el proceso de selección público y abierto, el Director General del ICBF debe enviar una terna con los mejores puntajes al Gobernador del Departamento donde se ubica la regional, para que este seleccione, dentro de los 8 días siguientes, a la persona que debe ser nombrada en el empleo. Una vez seleccionada la persona, y luego de agotar un proceso de ratificación de su nominación, le corresponde al Director General del ICBF realizar el nombramiento y la posesión consecuente.

3 Folio 24, cuaderno 1.

4 También denominada, en esta convocatoria, prueba de habilidades gerenciales.

5 Folios 25-27, cuaderno 1.

6 Los resultados se publicaron en las siguientes fechas: (i) prueba de conocimientos, 24 de junio de 2015 (folios 28-30, cuaderno 1); (ii) prueba de antecedentes, 15 de julio de 2015 (folio 31, cuaderno 1); (iii) prueba de habilidades gerenciales, 15 de julio de 2015 (folio 32, cuaderno 1); (iv) entrevista, 2 de enero de 2017 (folio 33, cuaderno 1).

7 La terna fue conformada con los participantes que obtuvieron los resultados más altos en las pruebas aplicadas en el concurso. El señor Ortega obtuvo 85.30 puntos, el señor Castilla 84.90 puntos y la señora Hernández 84.40 puntos (folio 53, cuaderno 1).

8 Folio 45, cuaderno 1.

9 Folios 47-48, cuaderno 1.

10 Ibid.

11 Folio 46, cuaderno 1.

12 Folios 64-65, cuaderno 1.

13 Folio 65, cuaderno 1.

14 Folios 51-56, cuaderno 1.

15 Folios 37-38, cuaderno 1.

16 Ibid.

17 La información relativa a la convocatoria BF/18-002 se encuentra publicada en la página Web del ICBF, en el siguiente enlace: https://www.icbf.gov.co/bf/18002-concurso-director-regional-sucre-2018 último acceso: 15 de julio de 2019.

18 Según se desprende de la lista de admitidos y no admitidos que obra en los folios 42 a 44 del cuaderno 1.

19 Folio 38, cuaderno 1.

20 Folios 1-21, cuaderno 1.

21 Folio 1 y 16, cuaderno 1.

22 Folio 5, cuaderno 1.

23 En particular, los accionantes manifestaron lo siguiente: “el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Magdalena mediante fallo de tutela de fecha 21 de noviembre de 2016, al resolver una acción de tutela, promovida por ULDIS ARELIS PÉREZ MAESTRE contra el ICBF y el Departamento Administrativo de la Función Pública, en un caso similar al que nos ocupa, ordenó la protección de derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a cargos públicos y al trabajo, que se le respetara el puntaje obtenido en el concurso BF/15-012, sin perjuicio de los Derechos

y los puntajes adquiridos por los nuevos concursantes y que en caso de que la accionante optara por concursar nuevamente y llegare a obtener un puntaje mayor al anterior debe preferirse en su favor y que de obtener un puntaje inferior en el nuevo concurso, se prefiera en su favor el puntaje obtenido en el concurso anterior" (folio 6, cuaderno 1). Dicho fallo de tutela fue aportado como prueba por los tutelantes y obra en los folios 67 a 88 del cuaderno 1.

24 Folio 17, cuaderno 1.

25 Ibid.

26 Folios 106-107, cuaderno 1.

27 Folio 111, cuaderno 1.

28 Folios 120-121, cuaderno 1.

29 Folio 120, cuaderno 1.

30 Ibid.

31 Ibid.

32 Folios 154-164, cuaderno 1. Es de resaltar que, el 3 de julio de 2018, el Juzgado Primero de Familia de Valledupar (Cesar) profirió sentencia de primera instancia en el asunto sub examine (folios 123-133, cuaderno 1). Sin embargo, luego de que los accionantes impugnaran la decisión, mediante providencia del 14 de agosto de 2018, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) declaró la nulidad de todo lo actuado (folios 12-13, cuaderno 2), pues consideró necesario vincular al trámite constitucional "a las personas participantes en el actual concurso de méritos BF/18-002 para proveer el cargo de Director Regional Sucre ICBF, Código 0042, grado 18".

33 Folio 162, cuaderno 1.

34 Folio 163, cuaderno 1.

35 Folio 164, cuaderno 1.

36 Folios 170-175, cuaderno 1.

37 Folio 171, cuaderno 1.

38 Folio 172, cuaderno 1.

39 Folio 173, cuaderno 1.

40 Folio 174, cuaderno 1.

41 Folios 26-35, cuaderno 3.

42 Folio 33, cuaderno 3.

43 Folio 33 vto., cuaderno 3.

44 Folio 34, cuaderno 3.

45 Folio 35, cuaderno 3.

46 Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

47 Artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

48 Artículo 14 de la Ley 909 de 2004.

49 Literal a) del artículo 14 de la Ley 909 de 2004.

50 Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991.

51 La acción de tutela tiene por fin garantizar "la protección inmediata" de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública (artículo 86 de la Constitución). Por tanto, la solicitud de amparo debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, justo y oportuno, cuyo examen se determina en atención a las circunstancias particulares del caso (Sentencia SU-011 de 2018). Precisamente, la tutela debe promoverse de manera oportuna, después de los hechos que dan lugar a la presunta vulneración; de otra forma, se desvirtúa el propósito de protección urgente e inmediato de las garantías ius fundamentales de los solicitantes (Sentencia T-883 de 2009).

52 Folios 37-38, cuaderno 1.

53 A juicio de los actores, dicha circunstancia "debió quedar expresa en el texto de esa nueva convocatoria BF/18-002" (folios 6-7, cuaderno 1).

54 Folios 6-7, cuaderno 1.

55 Folio 101, cuaderno 1.

56 Tal y como se precisa en el estudio de subsidiariedad.

57 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 164.2.d del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho caduca pasados 4 meses, "contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales".

58 En particular, la acción de tutela fue interpuesta 2 meses y 24 días después de la publicación del aviso de convocatoria BF/18-002.

59 Sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001 y SU-772 de 2014.

60 Sentencias T-509 de 2011 y T-160 de 2018.

61 Apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

62 En el sentido de que este es el acto particular que crea una determinada situación jurídica para los concursantes se pronunció la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 1 de septiembre de 2014 –radicación No. 05001-23-31-000-2008-01185-01(2271-10)–.

63 En el "aviso de invitación para la conformación de la lista de la cual se seleccionará la terna para el cargo de Director Regional", publicado el 21 de marzo de 2018, el ICBF fijó las reglas de la convocatoria BF/18-002. Así mismo, señaló el cronograma para el desarrollo del concurso y dispuso que la lista de admitidos y no admitidos se publicaría el 5 de junio de 2018, la prueba de conocimientos se llevaría a cabo el 22 de junio de 2018 y los resultados del concurso se comunicarían el 3 de julio del mismo año.

64 Folio 38, cuaderno 1.

65 Sentencia T-1266 de 2008.

66 Sentencia T-160 de 2018.

67 En Sentencia del 24 de septiembre de 2015, con radicación 11001-03-25-000-2010-00286-00(2360-10), la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que, "conforme a la teoría de móviles y finalidades, independientemente de la naturaleza del acto a demandar, lo que debe tenerse en cuenta es si de la declaración de nulidad del acto, surge o no automáticamente el restablecimiento del derecho afectado, pues en caso de que exista un restablecimiento automático, ha de entenderse que la acción instaurada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el cual deben verificarse los requisitos propios de la acción. Por el contrario, si la nulidad declarada no genera restablecimiento alguno, puede tramitarse como simple nulidad".

68 El artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula este medio de control en los siguientes términos: "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".

69 El aviso de invitación a la convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes" y, como tal, impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración regula los parámetros que deben guiar el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. Este acto administrativo establece las normas de la convocatoria que sirven de auto vinculación y autocontrol a la administración, en la medida en que la obliga a reglamentar la actividad de selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes (Sentencia SU-446 de 2011).

70 Sentencia SU-691 de 2017.

71 El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 dispone que esta medida cautelar "podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso" y procederá (i) "por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud" y, (ii) cuando "el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla". Esta medida tiene su razón de ser, precisamente, al advertir que, de no otorgarse, se causaría un perjuicio irremediable, previo juicio de ponderación.

72 Artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

73 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 13 de diciembre de 2012, radicación 25000-23-42-000-2012-00492-01(Ac).

74 Estas medidas cautelares son de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

75 "ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete".

76 Ibid.

77 Sentencias T-808 de 2010 y T-956 de 2014.

78 Sentencia T-471 de 2017.

79 A pesar de la informalidad de la tutela, es necesario allegar "prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario" (Sentencia T-702 de 2000). Ello, en atención a que "el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas" (Sentencia T-131 de 2007).

80 Sentencia T-471 de 2017.

81 Sentencia C-315 de 2007.

82 Artículo 125 de la Constitución Política.

83 Sentencia C-349 de 2004.

84 En Sentencia C-588 de 2009, la Corte Constitucional señaló que el Decreto Ley 2400 de 1968, "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", reglamentado por el Decreto 1950 de 1973, definió "la carrera como un mecanismo de administración de personal que no reconoce para el acceso al servicio y para la permanencia y promoción dentro de él, factores distintos al mérito personal, demostrado mediante un serio proceso de selección" integrado por "la convocatoria, el reclutamiento, la oposición, la lista de elegibles, el periodo de prueba y el escalafonamiento". Por tanto, es en esta en la que tiene todo sentido que, "aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido" (Sentencia T-455 de 2000), circunstancia que no es posible hacer extensible a los cargos de libre nombramiento y remoción, con independencia de su forma de provisión.

85 El artículo 40.7 de la Constitución garantiza esta prerrogativa en los siguientes términos: “Articulo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: ... 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”.

86 Sentencia SU-339 de 2011. En términos semejantes se pronunció la Sala en la Sentencia SU-544 de 2001.

87 Sentencia C-593 de 2014.

88 Además, a esta posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción. En este sentido, se pronunció la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del expediente 01272-01(ac).

89 Sentencia T-257 de 2012.

90 Sentencia T-625 de 2000.

91 Precisamente, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el alcance de la protección de este derecho “debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones” (Sentencia SU-544 de 2001).

92 Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991.

93 En la Sentencia T-048 de 2008, la Corte reiteró los parámetros de aplicación del derecho fundamental al debido proceso administrativo en los siguientes términos: “(i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, ya que se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como los son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; (v) la adecuada notificación de los actos administrativos de carácter particular tiene especial importancia para garantizar el derecho al debido proceso administrativo, y los principios de publicidad y de celeridad de la función administrativa; (vi) como regla general las actuaciones administrativas de carácter general o particular están reguladas por el Código Contencioso Administrativo, pero existen -procedimientos administrativos especiales- que, según lo indica el artículo 1° del mismo Código, se regulan por leyes especiales”.

94 Sentencia T-604 de 2013.

95 Sentencia T-682 de 2016.

96 Sentencia T-470 de 2007.

97 Sentencia T-286 de 1995.

98 Sentencia T-682 de 2016.

99 Sentencia T-604 de 2013.

100 Folios 14-15, cuaderno 1.

101 Sentencia SU-913 de 2009.

102 Sentencias T-604 de 2013 y T-682 de 2016.

103 Sentencia T-528 de 2005.

104 Sentencia T-286 de 1995.

105 Resalta la Sala que la pretensión de que estas decisiones fueran consideradas por el ICBF al momento de determinar las reglas de la convocatoria se presentó en la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia que negó las pretensiones de los accionantes.

106 Sentencia SU-354 de 2017. De manera particular, en la Sentencia C-816 de 2011, al estudiar la constitucionalidad de los incisos 1° y 7° del artículo 102 del CPACA concluyó que, "la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte". A partir de esta idea, declaró la exequibilidad de estas disposiciones, en el sentido de que, "las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia".

107 Sentencia SU-611 de 2017.

108 Sentencia SU-611 de 2017.

109 Además, para que sea exigible a los jueces de la jurisdicción constitucional considerar un precedente como vinculante, se requiere que, como órgano de cierre, la Corte Constitucional asuma tal doctrina.

110 Según dispone el artículo 10 del CPACA, "Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas". Al estudiar la constitucionalidad de la segunda parte de esta disposición, la Corte declaró su exequibilidad condicionada "en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad".

111 Sentencia T-148 de 2011.

112 Sentencia C-083 de 1995: "La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que

se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución".

113 Sentencia C-836 de 2001: "La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión". En efecto, "Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismo sic supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión".

114 En relación con el deber de las autoridades judiciales de seguir el precedente judicial, en la Sentencia C-836 de 2001, la Sala Plena indicó que "la sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta". También precisó que una de las razones para que el juez pueda apartarse de la ratio decidendi de un caso anterior, aparentemente aplicable, es plantear razones a partir de las cuales se pueda determinar que se trata de casos disímiles.

115 Folios 67-88, cuaderno 1.

116 Folios 67-88, cuaderno 1.

117 Folio 164, cuaderno 1.

118 Los criterios que justifican la diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, pues "el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho" (Sentencia C-836 de 2001).

119 La Corte estudió tres expedientes acumulados. Sin embargo, para el análisis realizado en el presente asunto, únicamente se tiene en cuenta el expediente T-3.618.908. Lo anterior, como quiera que solo en este asunto se hace referencia a la posibilidad de conservar el puntaje obtenido por un participante en una convocatoria declarada desierta. Los otros dos expedientes no son objeto de análisis habida cuenta de que los expedientes T-3.864.874 y T-3.956.257 no comparten similitud fáctica alguna con el asunto sub judice. En efecto, (i) en el expediente T-3.864.874, el accionante pidió "la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al debido proceso, al no habérsele designado como gerente del referido Hospital, no obstante que en un primer concurso obtuvieron puntaje aprobatorio dos concursantes, logró el primer lugar. También estima transgredido sus derechos al declararse desierto dicho concurso para convocarse uno posterior y, haber fracasado su pedido de suspensión provisional de este último concurso en el marco de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho" y (ii) en la solicitud de amparo T-3.956.257, la accionante solicitó "la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos y al debido proceso, por 'no habérsele designado como gerente del Hospital Fray Luis de León de Plato (Magdalena), cuando en el concurso para proveer la plaza, no logró superar el examen, pero, su puntaje fue el segundo detrás de la única persona que logró un puntaje aprobatorio".

120 Cfr., en tal sentido, la Sentencia C-181 de 2010.

121 Título que regula la "designación de los directores o gerentes regionales o seccionales o quienes hagan sus veces, en los establecimientos públicos de la rama ejecutiva del orden nacional".

122 Sentencia SU-354 de 2017.

Fecha y hora de creación: 2025-12-11 05:58:41