



Arauca, Arauca, 27 de noviembre de 2023

Asunto : **Sentencia de primera instancia**
Radicado No. : 81001 3333 001 2023 00232 00
Accionante : Raúl Eduardo García Gómez
Accionados : Fiscalía General de la Nación y Unión Temporal
Convocatoria FGN 2022
Naturaleza : Acción de Tutela

Procede el despacho a resolver la acción de tutela, instaurada por Raúl Eduardo García Gómez actuando a nombre propio, en contra de la Fiscalía General de la Nación y Unión Temporal Convocatoria FGN 2022.

ANTECEDENTES

i. Hechos

1.1. Manifiesta que el día 10/09/2023 fue citado a realizar las pruebas escritas en desarrollo del concurso de méritos 2022 de la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Arauca, para el cargo Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito.

1.2. Expone que mediante boletín No. 12 del 18/10/2023 se informó a los aspirantes, que el día 24/10/2023 se publicaban los resultados de las pruebas escritas y para realizar las reclamaciones y solicitarse el acceso al material del examen se debía hacer entre el 25/10/2023 al 31/10/2023.

1.3. Que, con anterioridad, le habían programado una cirugía de «prostatectomía transvesical» para el día 23/10/2023 en la Clínica San Rafael en la ciudad de Bogotá.

1.4. Y que la cirugía se la realizaron el 23/10/2023, quedando hospitalizado hasta el día 26/10/2023, retornando a la ciudad de Arauca hasta el día 02/11/2023, una vez llegó a su lugar de residencia accedió a la página del concurso donde le indicaban que por no haber obtenido un puntaje de mínimo 65 puntos no podía seguir en el concurso.

ii. Pretensiones

2.1. Solicita el amparo al derecho fundamental al debido proceso, igualdad, acceso a cargos públicos y principio de favorabilidad.

En consecuencia, solicita que se ordene a la Fiscalía General de la Nación y Unión Temporal Convocatoria FGN 2022:

- Permitirle continuar en el concurso con el puntaje obtenido en el empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito.

iii. Trámite

3.1. En auto del 10/11/2023, este despacho admitió la presente acción de tutela y se ordenó comunicar a los participantes admitidos al Concurso de Méritos FGN 2022, inscritos al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito.

3.2. Para la presentación de informes, se concedió el termino 2 días hábiles a las accionadas y a los vinculados; notificada dicha providencia, se recibió dentro del término informe de la Fiscalía General de la Nación, Unión Temporal Convocatoria FGN 2022 y el pronunciamiento de una participante del concurso.

iv. Contestación de la tutela

4.1. Unión Temporal Convocatoria FGN 2022

La entidad accionada refirió que suscribió el contrato No. FGN-NC-0269-2022 con la Fiscalía General de la Nación cuyo objeto *«Desarrollar el concurso de méritos, en las modalidades de ascenso e ingreso, desde la etapa de inscripciones hasta la conformación y publicación de las listas de elegibles en firme, para proveer 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (FGN), pertenecientes al Sistema Especial de Carrera»*

Indicó que revisada la base de datos el accionante se inscribió al Concurso de Méritos FGN 2022 en el nivel Profesional en la OPECE I-102-01(134), denominación FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO. Una vez terminada la etapa de verificación de requisitos mínimos de participación, el accionante cumplió con los requisitos de educación y experiencia solicitados, por tanto, fue citado para presentar pruebas el día 10/09/2023 en la ciudad de Arauca.

Señaló que el día 24/10/2023 se publicaron los resultados preliminares de las pruebas escritas y el plazo para presentar las reclamaciones se surtió entre el 25/10/2023 y 31/10/2023. El accionante obtuvo un puntaje de 60.41 en las pruebas generales y funcionales, inferior al mínimo aprobatorio que es de 65 puntos, por lo cual no continua en el concurso.

Manifestó que el Acuerdo 001 de 2023 *«Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera»* es la norma que rige el Concurso FGN 2022, donde se estableció lo concerniente al puntaje mínimo aprobatorio, reclamaciones y las obligaciones de los aspirantes que participan, entre ellas consultar la página web y estar al tanto de los boletines y guías que allí se publican.

Afirmó que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que el Acuerdo 001 de 2023 contempla expresamente las etapas procesales para reclamar y complementar las reclamaciones. Por tanto, la tutela no es medio idóneo para crear nuevas etapas en el concurso o para revivir o ampliar los términos estipulados y precluidos.

Solicita que se declare la improcedencia del amparo constitucional, toda vez que las accionadas no han vulnerado ningún derecho fundamental del accionante y

en consecuencia, no se accedan a las pretensiones del accionante.

Finalmente, informa que en cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio realizó la publicación en la página web mediante la plataforma SIDCA 2 del auto admisorio y el escrito de tutela con el fin de notificar a los interesados en el Concurso de Méritos FGN 2022, y en lo que refiere a la medida provisional decretada, se realizó la citación al acceso de pruebas al accionante.

4.2. Fiscalía General de la Nación

Expuso que los asuntos relacionados con los concursos de mérito de la Fiscalía General de la Nación, le competen a la Comisión de la Carrera Especial a la cual le corresponde definir los aspectos técnicos, procedimentales y normativos bajo los cuales se desarrollaran los procesos de selección para la provisión de las vacantes definitivas. Por ello, alega falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del Fiscal General de la Nación para actuar dentro de la presente acción constitucional, pues no existe una relación de causalidad entre sus actuaciones y la presunta vulneración de los derechos invocados.

Señaló que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo para la protección de sus derechos fundamentales o que, en caso de existir tal, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Expone que la presente acción de tutela se torna improcedente, dado que el accionante dispuso de los medios o recursos administrativos idóneos para controvertir el puntaje de las pruebas y no hizo uso de su derecho a la defensa y contradicción, toda vez, que no presentó reclamación dentro del término establecido para hacerlo, por tanto, no es posible revivir una etapa que ya precluyó.

Igualmente, manifiesta que la Unión Temporal Convocatoria FGN 2022 en calidad de operador logístico del concurso de méritos y en cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio, realizó la publicación en la página web mediante la plataforma SIDCA 2 de la demanda y su admisión con el fin de enterar a los interesados en el concurso de méritos FGN 2022, y en lo que refiere a la medida provisional decretada se realizó la citación al acceso de pruebas al accionante.

Sobre el caso en concreto expone que a pesar de que el accionante se encontrara en situación de incapacidad, entre los días 23/10/2023 a 26/10/2023, no es menos cierto que las fechas para reclamar se establecieron del 25/10/2023 al 31/10/2023 por lo que el accionante tuvo 5 días para efectuar la reclamación, el mismo o por interpuesta persona, toda vez que las mismas se realizaban por el aplicativo SIDCA2 y no era necesario estar en la ciudad donde presentó la prueba.

Finalmente, solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y desvincular a la Fiscalía General de la Nación del trámite de tutela, así mismo, declarar improcedente la tutela y negar las pretensiones del accionante por no encontrarse acreditada vulneración alguna.

4.3. Participantes en el Concurso de Méritos FGN 2022 – Betty Triana Piedrahita

Manifiesta que se notifica del auto admisorio de la acción de tutela y acepta la decisión adoptada con la medida provisional de que los organizadores citen al accionante bajo comunicación a través de la plataforma SIDCA2 para el día 19/11/2023 para adelantar la jornada de acceso al material del examen.

v. Concepto del Ministerio Público

No emitió concepto.

CONSIDERACIONES

i. Competencia

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca es competente para decidir en primera instancia, conforme con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1, artículo 1, del Decreto 1382 de 2000, y el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

ii. Problema jurídico

Al juzgado le corresponde determinar, si por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Unión Temporal Convocatoria FGN 2022, se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el accionante al no permitirle continuar en el concurso de méritos para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito por no obtener el puntaje mínimo de aprobación, y a su vez, no haber podido presentar reclamación en el tiempo establecido por encontrarse en pos-operatorio e incapacidad.

iii. Resumen de la decisión

En el presente asunto, no se accederá a las pretensiones invocadas en la tutela, teniendo en cuenta que las normas del concurso de méritos son inmodificables y vinculantes para los participantes, por lo que no es posible que continúe en el proceso con un puntaje menor al obtenido.

iv. Aspectos normativos y jurisprudenciales

4.1. Generalidades de la acción de tutela

Para el constituyente de 1991, no bastaba con contemplarse un catálogo de derechos fundamentales dentro de la Constitución Política (C. Pol.), sino que era necesario crear una acción judicial pública, inmediata y de trámite preferente y sumario, para ampararlos. Fue así como se instituyó la acción de tutela reuniendo estas características (art. 86 C. Pol.), en defensa de los derechos fundamentales, para evitar su vulneración o protegerlos en caso de ser quebrantados. Su procedencia en todo caso se supeditó a la inexistencia de otros medios de defensa judicial, a menos que se formulase como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo que ha llevado a considerarla como una acción de carácter subsidiario, que no pretende superponerse a los procedimientos ordinarios contemplados en la ley para el amparo de sus prerrogativas.

Su desarrollo infra - constitucional se encuentra en el Decreto 2591 de 1991, en el cual, entre otras cosas, se destacan sus características, se exponen las causales de improcedencia y se regula su trámite, incluyendo los mecanismos para asegurar el cumplimiento de las decisiones de tutela que se adopten.

4.2. El requisito de subsidiariedad como condición de procedencia de la acción de tutela cuando existe otro medio de defensa judicial

El Decreto 2591 de 1991 regula lo referente de la acción de tutela, disposición que en su artículo 6 decantó las causales por las cuales puede conllevar a que esta se declare improcedente:

«La acción de tutela **no procederá**:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa **judiciales**, salvo que aquella 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 encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto. (...).

Aquella acción de tutela que se eleve aun cuando exista otro mecanismo para la protección de los derechos invocados, deberá demostrar que su finalidad estriba en evitar un perjuicio irremediable. De ahí se desprende el requisito de **subsidiariedad**. La Corte Constitucional ha explicado que el requisito de subsidiariedad debe ser abordado y analizado por el juzgador en cada caso, es decir, no hay un procedimiento o manual que permita a determinar de primer vistazo que lo que se pide pueda ventilarse mediante la acción de tutela. En reiterada jurisprudencia constitucional, se ha explicado que, cuando existan otros medios de defensa judicial, la acción de tutela justificará su procedencia en tres eventos esenciales: **i)** mecanismo definitivo; **ii)** mecanismo transitorio; y **iii)** cuando es promovida por persona que requiere especial protección constitucional. En palabras de la Corte se menciona:

«i) **mecanismo definitivo**, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia; ii) **Procede la tutela como mecanismo transitorio**: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional - como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, población indígena, entre otros - el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos».

(C. Const, Sent. T-662, nov. 29/16. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado)

4.3. Procedencia de la tutela frente a decisiones adoptadas en el marco de un concurso de méritos

La acción de tutela no es, en principio, el medio idóneo para reclamar la protección de derechos fundamentales cuando estos resultan vulnerados por la expedición de un acto administrativo. Lo anterior, debido a la existencia del medio de control establecido en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2022, en la cual se puede reclamar no solo el control de legalidad correspondiente, si no el restablecimiento de los derechos que hayan sido vulnerados.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha estudiado la procedibilidad de la tutela frente a decisiones adoptadas dentro de un proceso de concurso de méritos. En ello, han destacado su procedencia excepcional bajo tres excepciones a la regla general, en los supuestos de **i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.**

«(...) Inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido. La primera excepción se basa en el reconocimiento de la existencia de ciertos actos que, de conformidad con las reglas del derecho administrativo, no pueden ser sometidos a escrutinio judicial. En estos casos, la solicitud de amparo resulta procedente por cuanto «la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran». Habida cuenta de esta circunstancia, la acción de tutela actúa «como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo».

Urgencia de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. La segunda excepción a la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra estos actos administrativos se funda en la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable. Este supuesto de hecho se presenta cuando «por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción».

Planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo. Finalmente, la tercera salvedad reconocida por la jurisprudencia constitucional se basa en la especial índole que presentan ciertos problemas jurídicos. De conformidad con el criterio expresado en las sentencias T-160 de 2018 y T-438 de 2018, algunas demandas plantean controversias que desbordan el ámbito de acción del juez de lo contencioso administrativo. En tales casos, «las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales»

(C. Const, Sent. SU-067 de 2022. M.P Paola Andrea Meneses Mosquera)

4.4. Carácter obligatorio y vinculante de las reglas de la convocatoria del concurso de mérito

El artículo 125 de la Constitución Política estableció que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa y que el ingreso a los mismos será por concurso público de méritos, salvo que la constitución o la ley determine otro sistema de nombramiento, siendo un procedimiento de

selección de servidores públicos que tiene como fin evaluar las capacidades y aptitudes de los aspirantes a un cargo de carrera.

Las reglas de la convocatoria controlan la actividad de la propia administración y, a su vez, a los participantes conocer **(i)** las reglas básicas del concurso, **(ii)** el cargo ofertado, **(iii)** los criterios o requisitos mínimos para participar, **(iv)** la forma en que los evaluarán, **(v)** las etapas del concurso, **(vi)** las pruebas que deben presentar, **(vii)** el resultado que deben obtener para aprobar el concurso, **(viii)** la metodología para evaluar, entre otros aspectos.

La sujeción a las reglas de la convocatoria implica, por un lado, que la administración no puede alterar inesperadamente las reglas previamente fijadas, pues las modificaciones afectarían el principio de buena fe de los aspirantes que confían en que tales reglas se mantengan. Y, por otro lado, implica que el aspirante, una vez se inscribe al concurso, queda sometido a esas reglas y posteriormente no podrá pretender que se modifiquen en su favor ni en detrimento de otros concursantes. La administración y los concursantes establecen una relación jurídica para que cada uno cumpla sus obligaciones.

Debido a lo anterior, es menester que, la administración fije claramente las reglas que regularán el concurso de méritos y que los aspirantes, antes de la inscripción, lean detenidamente la convocatoria para que determinen si aceptan o no las reglas a las que se someterán. Los concursos de méritos, como mecanismo de selección objetivo e imparcial, están sujetos al principio de legalidad, al principio de buena fe y al debido proceso, que orientan la actuación de la administración. Es decir, las reglas de los concursos de méritos son ley para las partes y, por ende, ni la administración ni los aspirantes las pueden desconocer ni modificar. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

«la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho, en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante»

En conclusión, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentre previamente regulada. Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró la Corte Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar: *«resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos»*

v. Caso en concreto

De acuerdo con lo expuesto, procede el despacho a registrar los medios de prueba allegados al proceso, los cuales serán analizados dentro del contexto de la informalidad que gobierna la acción de tutela.

5.1. Medios de prueba

- Certificado de incapacidad de fecha 26/10/2023¹;
- Historia Clínica de fecha 3/10/2023²;
- Acuerdo No. 001 de 2023³

5.2. Cuestiones previas. Procedencia de la acción de tutela

5.2.1. Legitimación en la causa de las partes

Activa: Raúl Eduardo García Gómez, se encuentra legitimado para adelantar la presente acción de tutela, toda vez que es la persona que se considera afectada por el actuar de las accionadas, y es participante del Concurso de Méritos FGN 2022. De acuerdo con el postulado constitucional (art. 86) **cualquier persona** que estime una vulneración o un eventual daño a sus derechos podrá accionar mediante este mecanismo.

Pasiva: La legitimidad en la causa por pasiva, como lo ha precisado la Corte Constitucional «*hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada*»⁴. Para saber si la demandada tiene la aptitud para ser llamada a responder, se debe examinar de acuerdo con las funciones de la entidad o autoridad accionada, si en la sentencia puede imponerse alguna obligación (de dar, hacer o no hacer) relacionada con su quehacer institucional.

En el presente asunto, se evidencia que las accionadas cuentan con legitimidad formal por pasiva. En primer lugar, por cuanto la **Unión Temporal Convocatoria FGN 2022** es la encargada de dirigir y tramitar el Concurso de Méritos ascenso e ingreso 1056 vacantes FGN 2022.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, en la que se entiende inmiscuida la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía —por ser un órgano interno—, también se encuentra legitimada para ser parte en presente proceso por cuanto es la encargada de adelantar procesos de selección para la provisión de empleos de carrera.

5.2.2. Subsidiariedad: De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se puede formular cuando el afectado «*no disponga de otro medio de defensa judicial*», salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuya regla se replica en el artículo 6.1 del Decreto 2591/1991. Atendiendo esta premisa, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial se define por su **idoneidad** y **eficacia** para proteger los derechos fundamentales.

¹ Página 09, índice 03, expediente electrónico.

² Página 11 a 13, índice 03, expediente electrónico.

³ Página 74 a 110, índice 08, expediente electrónico.

⁴ C. Const. Sentencia T-008/2016.

El despacho encuentra que el asunto de la referencia cumple con el requisito de **subsidiariedad**, pues se advierte que la exclusión del demandante del concurso no fue adoptada mediante algún acto administrativo, que luego pueda controlarse a través de los mecanismos judiciales ordinarios. Simplemente se le deshabilitó del módulo de reclamaciones de la plataforma SIDCA2, bajo una medida automatizada del sistema mediante el cual se tramita esa etapa del concurso, sin que tal actuación se haya precedido de una determinación de la entidad accionada que sea enjuiciable a futuro. Entonces, como la exclusión del demandante del concurso no fue provocada por una decisión sujeta a control judicial, aquel queda sin mecanismo para procurar la defensa de sus derechos en el escenario judicial, lo que torna la tutela en remedio de carácter principal para gestionarlo.

5.2.3 Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse «*en todo momento y lugar*». Sobre ello, jurisprudencialmente se ha consensuado que esta acción debe interponerse en un **término prudencial** contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales⁵.

La acción de tutela cumple con el requisito de la inmediatez puesto que la publicación de resultados de la prueba escrita del Concurso de Méritos FGN 2022 fueron publicados el pasado 24/10/2023 y la demanda se radicó el 10/11/2023. En virtud a ello, el despacho encuentra que se cumple con el requisito de **inmediatez**, toda vez que las fechas señaladas no se distancia por más de 6 meses al momento de instaurar la presente acción.

5.2.4. De acuerdo a lo anterior, resulta acreditada la procedencia del presente trámite constitucional, por lo que es procedente abordar el análisis del caso concreto, como se sigue.

5.3. Solución del caso

5.3.1. El despacho pasará a estudiar el caso en concreto con el fin de determinar si es dable o no tutelar los derechos invocados por la parte accionante por resultar excluido de la convocatoria FGN 2022, al no superar el puntaje mínimo establecido y no haber presentado dentro de la oportunidad reglamentaria la respectiva reclamación a la que alude el Acuerdo No. 001 de 2023 expedido por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación.

5.3.2. Surtido el trámite de instancia y recibidos los informes rendidos por la accionada, se tiene que:

- Raúl Eduardo García se inscribió al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito, en concurso de méritos de la FGN, en las modalidades de ascenso e ingreso, desde la etapa de inscripciones hasta la conformación y publicación de las listas de elegibles en firme, para proveer 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía General de la

⁵ C. Const. Sentencia SU 961, dic. 01/1999, M.P Vladimiro Naranjo Mesa, decisión donde se mencionó que: «*la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto*»

Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera, concurso regulado por el Acuerdo 001 de 2023.

- En el citado Acuerdo, se determinó en los artículos 22 y 26 como **puntaje mínimo el de 65,00** para superar la prueba de conocimientos generales y funcionales. Igualmente se estableció que se publicaría el puntaje de la prueba comportamental únicamente a quienes superaran la de conocimientos generales y funcional.
- El demandante presentó la prueba escrita de conocimientos generales, funcional y comportamental el día 10/09/2023.
- Mediante el Boletín Informativo No. 10 del 18/10/2023 se comunicó que el día 24/10/2023 se publicaría los resultados preliminares de las pruebas escritas y que durante el **25/10/2023** al **31/10/2023** podían presentar las reclamaciones a través del modulo de reclamación SIDCA2 y que el término señalado era preclusivo y no se recibirían reclamaciones fuera de este término.
- El día **24/10/2023** fueron publicados los resultados preliminares de las pruebas escritas (componente general y funcional) en donde obtuvo **60.41 puntos**.
- Al accionante el **23/10/2023** fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica San Rafael donde le realizaron «*prostatectomía transvesical*», estando hospitalizado hasta el día **26/10/2023**.
- El accionante no presentó reclamación sobre los resultados de las pruebas, ni tampoco solicitó el acceso al material de las escritas en el término legal establecido.

5.3.3. A partir de lo anterior, resulta claro que el documento regla del concurso es el Acuerdo No. 001 de 2023 expedido por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación. En él se establecieron las condiciones del proceso de selección consagrando en sus artículos 22 y 26 que el puntaje mínimo aprobatorio de las pruebas escritas de competencias generales y funcionales debía ser de **65 puntos**.

Como el demandante no lo logró el anotado puntaje, pues obtuvo **60,41 puntos**, ni presentó reclamación y exhibición de la prueba en la oportunidad reglamentada en los artículos 27 y 28 del Acuerdo 001 de 2023, plantea la controversia al considerar: **a)** que su puntaje es suficiente para superar la prueba de competencias generales y funcionales, en aplicación del principio de favorabilidad, pues en el concurso pasado el puntaje mínimo era de 60,00, el cual superó en este; y **b)** por contener reglas sin «...establecer unas excepciones para poder acceder a la reclamación aludida», como la de poder presentar reclamación en momento posterior al reglamentario en casos de fuerza mayor, lo cual él considera ocurre en su caso.

Para dar respuesta a los dos planteamientos del accionante, el despacho abordará su estudio de manera separada a continuación:

a) Inaplicación del principio de favorabilidad. Las condiciones de una convocatoria antigua no pueden superponerse a las establecidas en una actual

Como lo explicó el despacho en la motivación **4.4** de esta sentencia, las reglas de la convocatoria en la que se participa son obligatorias, y, a menos que incluyan condiciones discriminatorias hacia los concursantes —*como las halladas por la Corte Constitucional en sentencias T-160 de 2018 y T-438 de 2018*—, deben respetarse por la organización del concurso, los aspirantes y el juez del caso ante eventuales controversias. No existe norma constitucional que contemple la aplicabilidad del principio de favorabilidad para este tipo de procesos. Por parte de la Constitución Política, este principio se reserva a asuntos penales (art. 29), y por parte de la ley, además de asuntos penales (Ley 906/2004), a los sancionatorios (ej.: Ley 1952/2019, Ley 1123/2007) y laborales (principio *in dubio pro operario*). La Ley 909 de 2004 (reglamentaria de la carrera administrativa), no lo contempló, como tampoco el Acuerdo No. 001 de 2023, regulador del presente concurso al que se suscribió el demandante.

En este orden de ideas, no se puede sostener que las reglas de la convocatoria inmediatamente anterior, u otra, sean aplicables a las vigentes o posteriores por razones de favorabilidad. Semejante consideración desconoce abiertamente principios que sí son propios en materia de concursos como el «mérito» y la «igualdad» entre aspirantes (art. 28, Ley 909/2004). Cabe recordar, que la Ley 909 de 2004, aplica de modo supletorio ante vacíos reglamentarios del sistema de mérito de la Fiscalía General de la Nación (art. 3.2 *ibidem*).

A la luz del principio de mérito, solo pueden acceder a los cargos ofertados por una entidad estatal, quienes cumplan las **condiciones mínimas** preestablecidas en la convocatoria. Así que, mientras estas no contengan un trato discriminatorio injustificado hacia el concursante, deben respetarse a partir del aludido principio, por cuanto suponen una suerte de garantía de calidad en el servicio que se pretende cubrir. La finalidad de un proceso de reclutamiento no es la de suplir todas las vacantes a ultranza, sino de suplirlas con talento humano apto y competente en las tareas a desarrollar para procurar un buen servicio. De este modo, es labor del reclutador, a partir de las necesidades de empleabilidad, diseñar todo un canon razonable de condiciones de acceso al cargo ofertado, siempre apuntando al fin antes explicado. Por ser así, la implicación en la convocatoria de la necesidad de un buen servicio frente al cargo ofertado, convierten a ese documento regla en un instrumento legítimo para limitar el ingreso de aspirantes que no cumplan sus exigencias. En tal sentido, no ve el despacho cómo justificar la aplicación del principio de favorabilidad, cuando el presente caso se gobierna por principios propios e incompatibles con el alegado, pues se reitera, el principio de favorabilidad está pensado para contextos diferentes.

En cuanto a la igualdad, paradójicamente el actor gestiona la protección de ese derecho, entre otros, pidiendo en este punto un trato privilegiado y desigual frente a los demás concursantes, quienes no tendrían la suerte de tomar las reglas del concurso anterior para superponerlas sobre el actual, sea porque no participaron antes, o porque el reglamento del actual o del anterior claramente

no lo autorizó. Por el contrario, justamente la predictibilidad de las reglas predispuestas en la convocatoria actual, aseguran la igualdad entre los concursantes, al permitirles anticipar todo el canon de requisitos para acceder al cargo aspirado, sin que luego puedan ser sorprendidos o favorecidos con preceptos extraños a las reglas de juego. Por ello, ajustar las condiciones de la convocatoria a la medida de la situación particular de uno u otro concursante, sería quebrantar el principio de igualdad consagrado en el artículo 28 de la Ley 909 de 2004 (y 13 constitucional). Cuando el demandante se inscribió en el concurso, admitió que conoció y aceptó en ese momento el puntaje mínimo y el régimen de reclamación —*en caso de estar en desacuerdo con el obtenido*—, por lo que no puede ahora desconocerlo *so pretexto* de pretender un trato igualitario que más bien es desigual.

Así las cosas, el juzgado negará la pretensión de amparo abrigada bajo el argumento analizado.

b) La exclusión del concurso por puntaje bajo y ausencia de reclamación oportuna se justifica a la luz de las reglas del concurso. La fuerza mayor alegada no justifica la omisión de reclamar

En este punto el demandante procura defender su derecho a la oportunidad para presentar reclamaciones por el puntaje obtenido, de manera que gestiona se tenga en cuenta su situación particular, que califica de «fuerza mayor», para que se le rehabilite dentro del proceso, cuestionando que en la convocatoria «*se debieron establecer unas excepciones para poder acceder a la reclamación aludida*».

Sobre el particular, el Acuerdo 001 de 2023 que regula el concurso en el que participa el demandante, estableció en sus artículos 27 y 28, las reglas en materia de reclamaciones:

«**Artículo 27. Reclamaciones.** De conformidad con el artículo 49 del Decreto Ley 020 de 2014, dentro de los **cinco (5) días siguientes a la publicación de los resultados** preliminares de las pruebas escritas, los aspirantes podrán presentar reclamaciones, únicamente a través de la aplicación SIDCA2, enlace <https://sidca2.unilibre.edu.co>.

Las reclamaciones serán atendidas por la U.T Convocatoria FGN 2022, por delegación y en virtud del contrato suscrito con la Fiscalía General de la Nación y las decisiones que tome son de su exclusiva responsabilidad. Para atender las reclamaciones, la U.T Convocatoria FGN 2022 podrá utilizar una respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con la Sentencia T- 466 de 2004, proferida por la Corte Constitucional.

Contra la decisión que resuelve la reclamación no procede recurso alguno, de conformidad con lo previsto en el artículo 48 del Decreto Ley 020 de 2014.»

«**Artículo 28. Acceso a las pruebas.** No obstante, el carácter reservado de las pruebas, conforme lo establece el Decreto Ley 020 de 2014, **junto con su reclamación** frente a los resultados de las pruebas escritas, el aspirante podrá solicitar, manifestándolo de manera expresa, el acceso al material de las pruebas, a fin de complementar o fundamentar su reclamación.

La U.T Convocatoria FGN 2022, citará a una jornada de acceso al material de pruebas, únicamente a los aspirantes que durante el periodo de reclamación lo hubiesen solicitado de manera expresa.

Esta jornada se adelantará en la misma ciudad en que el aspirante presentó las pruebas escritas. El aspirante solo podrá acceder al material de pruebas por él presentadas,

atendiendo el protocolo que para el efecto se establecerá, advirtiendo que en ningún caso está autorizada la reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar) del material entregado para revisión. Lo anterior, con el fin de garantizar la reserva de la que goza el mismo, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 020 de 2014.

PARÁGRAFO: Adelantada la jornada de acceso a prueba, la U.T Convocatoria FGN 2022 **habilitará la aplicación SIDCA2** enlace <https://sidca2.unilibre.edu.co>, **durante los dos días siguientes, solo para los participantes que hayan solicitado el acceso y hayan asistido a la citación, con el fin de que procedan a complementar su respectiva reclamación.** Tal complemento solo podrá ser interpuesto en el término aquí señalado y mediante la aplicación mencionada»

En primer lugar, el despacho debe advertir, que este no es el momento ni el lugar para cuestionar directamente la reglamentación de la convocatoria (adoptada en Acuerdo 001 del 20/02/2023), que fue aceptada al momento de la inscripción, y que, por no alegarse razones de discriminación injustificada, debe respetarse, según se explicó en acápite inmediatamente anterior. Esto para decir, que la crítica por la ausencia de excepciones es inadmisibles ahora en tutela, luego de perder el examen cuando debió cuestionarse una vez se conoció la convocatoria.

En todo caso, el despacho analizará si la fuerza mayor alegada, puede introducirse como regla del concurso —*ya no por reglamento sino por ministerio de la ley*—, y de ser así, se estudiará si la situación del demandante califica como fuerza mayor.

Para el despacho, la introducción de normas extrañas a la convocatoria y a la Ley 909 de 2004, afecta gravemente al principio de igualdad que rige en materia de concursos de mérito, porque particulariza la regulación y la torna impredecible para los aspirantes. De modo que alojar una normatividad civil (art. 64 CC) como parte del universo de condiciones propias del concurso, no tiene justificación jurídica. Por ese sendero podría un participante alegar “fuerza mayor” cuando no pudo inscribirse oportunamente al concurso, y lograr que se le habilite en tiempo posterior; o por la misma vía alegar ese eximente de responsabilidad civil para disculparse por no llegar al examen, logrando fijación de fecha posterior para ello o para la jornada de exhibición de resultados; o por no haber formulado en tiempo los recursos contra las decisiones que se tomen dentro del proceso de selección, etc.; consiguiendo siempre oportunidades especiales totalmente desiguales.

Con esto sería suficiente para negar el amparo, al permitir concluir que está justificada jurídicamente la exclusión del demandante del concurso por su puntaje de 60,41 y la no presentación oportuna de reclamación al respecto. Sin embargo, el despacho también tiene razones específicas para explicar, cómo el hecho alegado por él, no comporta teóricamente ninguna fuerza mayor, y, por tanto, no podría, eventualmente, excusarlo de formular su reclamación en términos de la convocatoria.

La fuerza mayor, como lo establece la ley civil, por definición implica la **imprevisión** de las consecuencias nocivas de un hecho **externo**, de modo que el obligado no puede anticipar, gestionar ni adecuar su actuar para **resistirlo**:

«22. Las figuras jurídicas de la fuerza mayor y el caso fortuito a la que hace referencia la norma, está regulada por el artículo 64 del Código Civil (subrogado por el artículo 1º de la

ley 95 de 1890) el cual dispone que: "...". Esta causal, por tanto, requiere para obrar como justificación reunir un conjunto de características, las cuales son básicamente: (i) que el hecho sea *irresistible*; (ii) que sea *imprevisible* y (iii) que sea *externo* respecto del obligado".

23. Sobre las características de la fuerza mayor, vale la pena citar la Sentencia del 20 de noviembre de 1989 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se explicó que el hecho **imprevisible** es aquel "*que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia*".

24. Por su parte, el hecho **irresistible** es aquél "que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias". La imprevisibilidad, por tanto, hace referencia a un hecho que no se podía establecer con anterioridad a su ocurrencia, en tanto la irresistibilidad hace referencia a una situación inevitable que no puede exigir de la persona que la sufre un comportamiento para que no ocurra.

(...)

26. Adicionalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito requieren que el hecho sobreviniente sea **externo**. Por tal razón, el afectado no puede intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo. Este requisito exige por tanto que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma. No obstante, la jurisprudencia ha precisado que la exterioridad es una circunstancia jurídica, pues "*ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la [persona] accionada*".»

(C. Cont. Sentencia T-271/2016, MP. Luis Ernesto Vargas Silva)

Para el demandante, la situación de la que emerge la fuerza mayor fue la cirugía programada que se practicó en la clínica San Rafael de Bogotá el día 23/10/2023, por la que estuvo hospitalizado hasta el **26/10/2023**, y que le permitió retornar a la ciudad de Arauca hasta el **02/11/2023**. Ante tal hecho, no pudo presentar su reclamación en el tiempo reglamentario, valga decir, desde las 00:00 horas del 25/10/2023 hasta las 23:59 del 31/10/2023.

Pues bien, partiendo de la noción de fuerza mayor antes citada, ninguno de los elementos connaturales al mismo se halla en el caso bajo estudio, en tanto no se reporta la **imprevisibilidad, irresistibilidad** ni menos el carácter **externo** del hecho. En efecto, el demandante sabía de la fecha de su cirugía, pues fue programada y ambulatoria (p. 11 demanda), y para cuando decidió practicársela (23/10/2023), conocía que saldrían los resultados del concurso, por cuanto así se lo advirtieron anticipadamente en comunicación del 18/10/2023 (ver boletín informativo No. 10; (Pág. 6, índice 8), donde se anunció que la publicación se haría el 24/10/2023. Así que el efecto nocivo del hecho calificado de fuerza mayor (la cirugía), no le era **imprevisible**, ya que lo conoció con suficiente tiempo de antelación cuando supo que se haría una cirugía que lo hospitalizaría e incapacitaría. Tampoco le fue **irresistible**, si se tiene en cuenta que por conocer que sobrevenía el mismo con suficiente antelación (la hospitalización e incapacidad), tuvo tiempo para gestionar una solución que estuviese a su alcance (ej.: aplazar su cirugía; practicársela conociendo el tiempo probable de hospitalización y adoptar medidas para que no afectara su proceso en el concurso; tomando acciones telemáticas para conectarse virtualmente a la plataforma e interactuar; apoyarse en terceras personas —apoderados, etc.— para presentar la reclamación). Mucho menos **externo**, en tanto su voluntad intervino en la producción del hecho, no le fue totalmente ajeno.

A parte, si la cirugía ambulatoria lo mantuvo hospitalizado hasta el 26/10/2023, como lo reconoce el propio demandante en el hecho tercero de su demanda, y los resultados de su prueba se publicaron el 24/10/2023, ¿cómo se explica la

fuerza mayor en términos de la noción antes dada, luego de haberse dado de alta? ¿qué situaciones que constituyan fuerza mayor sucedieron desde el 24/10/2023? Al respecto no hay respuestas. El demandante no lo acredita o al menos explica. Solo dice que arribó a Arauca hasta el 02/11/2023, pero las razones son desconocidas. Además, tal como lo alegó la fiscalía en su contestación de tutela, la formulación de reclamos que iba desde el 25/10/2023 hasta el 31/10/2023, podía hacerse de manera virtual en la plataforma de SIDCA2 y no era necesario hacerlo desde Arauca, entonces no se entiende cómo no pudo lograrlo el demandante luego de su egreso del hospital por razones de fuerza mayor, pese a que tuvo suficientes días para hacerlos (4 días).

Por todo lo expuesto, el despacho colige que no es jurídico, a la luz de la convocatoria bajo estudio, alegar la fuerza mayor como justificación para omitir presentar la reclamación frente al puntaje obtenido en la prueba. Empero si fuese así, la situación calificada por el demandante como tal no tenía, en teoría, ese carácter. En realidad, se trató de un hecho previsible, resistible y de injerencia propia, que no excusa la falta de reclamación en la oportunidad reglamentaria.

vi. Respuesta al problema jurídico

Ante el problema jurídico planteado se responde, que no hay lugar a conceder el amparo pretendido; pues no existe vulneración de los derechos fundamentales del actor.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: No tutelar los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad y acceso a cargos públicos alegados por Raúl Eduardo García Gómez, por los motivos expuestos en la parte considerativa. En consecuencia, **declarar** que su exclusión del proceso de selección está justificada.

SEGUNDO: Notificar la presente decisión, de acuerdo a lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Ordenar comunicar del presente fallo a los participantes admitidos al Concurso de Méritos FGN 2022, inscritos en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DEL CIRCUITO. Esta comunicación la deberá hacer la organización del concurso a través de la web SIDCA2, al día siguiente de la notificación del presente proveído.

CUARTO: Reconocer personería adjetiva al abogado Diego Hernán Fernández Guecha, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.188.619 y tarjeta profesional No. 176.312 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Unión Temporal Convocatoria FGN 2022, en los términos y para los efectos del poder conferido⁶.

QUINTO: En caso de no ser impugnada esta providencia, **enviar** el expediente

⁶ Página 19 a 20, índice 08, expediente electrónico.

a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del decreto 2591 del 1991. Si el asunto se regresa excluido de revisión, por secretaría se procederá al **archivo** del expediente sin necesidad de nuevo auto que así lo ordene.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firmado mediante firma electrónica SAMAI)

JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ

Juez

PLDGL