



169

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN "C"**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Bogotá, D.C, ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

<b>Referencia:</b>	<b>25000-23-36-000-2017-00114-00</b>
<b>Sentencia</b>	<b>SC3-1702-652</b> <b>Aprobado en sesión de la fecha, sala 18.</b>
<b>Medio de Control:</b>	<b>Acción de tutela</b>
<b>Demandante:</b>	<b>ALEJANDRO HERNÁNDEZ MUÑOZ</b>
<b>Demandado:</b>	<b>NACIÓN MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO</b>
<b>Tema:</b>	<b>Concurso de méritos. Procedencia de la acción de tutela. Contra actos administrativos.</b>

Procede la Subsección a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por el señor ALEJANDRO HERNÁNDEZ MUÑOZ contra el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, para el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales al acceso a cargos públicos, a los derechos adquiridos, al debido proceso, vida digna, al trabajo, a la igualdad, así como la vulneración a los principios fundamentales a la confianza legítima, buena fe, mérito y seguridad jurídica, y respeto al acto propio.

**ANTECEDENTES**

**1.-** El 25 de enero de 2017, el señor ALEJANDRO HERNÁNDEZ MUÑOZ interpuso acción de tutela contra el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO con el fin de que sean tutelados al acceso a cargos públicos, a los derechos adquiridos, al debido proceso, vida digna, al trabajo, a la igualdad, así como la vulneración a los principios fundamentales a la confianza legítima, buena fe, mérito y seguridad jurídica, y respeto al acto propio, y se ordene a la Entidad (i) se abstenga de realizar nuevos nombramientos en notarías de círculos notariales que fueron seleccionadas al momento de su inscripción al concurso convocado mediante acuerdo 01 de 2016, hasta tanto sea resuelto de manera definitiva mi derecho adquirido como integrante de la lista de elegibles; y (ii) Que se suspendan los efectos de los nombramientos realizados mediante los Decretos No. 2134 del 22 de diciembre de 2016, No. 34, 36, 37, 38 y 39 del 12 de enero de 2017, producidos en contravención al orden de lista de elegibles, hasta tanto sea resuelta de manera definitiva mi situación frente a la lista de elegibles.

Como fundamento de la solicitud de amparo el señor ALEJANDRO HERNÁNDEZ MUÑOZ expuso:

- Mediante acuerdo 01 del 9 de abril de 2015, el Consejo Superior de la Carrera Notarial convocó a concurso público y abierto para nombramiento en propiedad e ingreso a la carrera notarial a fin de proveer las notarías que se encontraban vacantes y las que se quedaran vacantes durante la lista de elegibles; que el accionante se inscribió al concurso optando para las notarías de Primera Categoría, entre otras de en los círculos notariales de Bogotá, Medellín, Cartagena y Barranquilla; que luego de superar las etapas del proceso mediante Acuerdo 26 del 29 de junio de 2016, se aprobó la lista definitiva de elegibles dentro del concurso, con inclusión de más de 1200 aspirantes para notarías de primera categoría; que el 3 de julio de 2016, se publicó la lista en donde figura para ser nombrado en notaría de primera categoría en el puesto 19.

Agregó que en Acuerdo No. 27 del 29 de junio de 2016 el Consejo Superior de la Carrera Notarial estableció el mecanismo para el agotamiento de la lista de elegibles, y selección de notarías vacantes, para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial; que mediante Oficio No. 2016-069 del 15 de septiembre de 2016, se le notificó la postulación para ser nombrado *"en la notaría 55 del Circulo de Bogotá"*; que el 21 de septiembre de 2016 *"vía electrónica, procedí a aceptar"* la postulación a la Notaría 55 del Circulo de Bogotá, junto con la documentación requerida para *"que se expidiera el decreto de (...) nombramiento"*, escrito en donde manifestó, que (i) aceptaba la designación para la Notaría 55 del Circulo de Bogotá; (ii) *"solo en caso"* que la Notaría 55 sea aceptada por otro concursante, ***"ACEPTO la designación para la notaría 74 de Bogotá"***; (iii) que *"solo en caso"* que las Notarías 55 y 74 del círculo de Bogotá, sean optadas por otros concursantes, *"me reservo mi derecho a permanecer en la lista de elegibles"*.

Y que, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 2 del Acuerdo 27 de 2016, y de acuerdo con lo señalado en el inciso 2 del artículo 3 y hasta tanto no se haya agotado, en los términos del parágrafo tercero del artículo primero del Acuerdo 027 de 2016, *"desde ya me reservo el derecho de optar por (...) cualquiera de las notarías en las cuales no fui postulado por (...) los siguientes motivos: En razón de haber sido optada por uno de los aspirantes que me precede en la lista y sin que finalmente se posesione en ese cargo, o, por tratarse de una notaría, que no se encontraba aun vacante, al momento en que se me hizo la postulación"*.

Refirió que, mediante comunicación No. OAJ2469 del 30 de septiembre de 2016, el Consejo Superior de la Carrera Notarial a través de su Secretario Técnico le informó que el decreto de nombramiento como Notario 55 del Circulo de Bogotá se encontraba suspendido *"en razón de un fallo de tutela en el que se ampara el derecho al Mínimo Vital, del señor Eduardo Marcelino Castro Pérez, Notario 55 de Bogotá"*; que el Gobierno

Nacional "(presidente y Ministro de Justicia) nominador de los notarios de Primera Categoría, ya realizó el nombramiento de todos (...) los integrantes que me ANTECEDÍAN en dicha Lista de Elegibles. Lo que significa que una vez se recompone la Lista de Elegibles, con la exclusión de quienes han sido nombrados, yo paso a ocupar el primer lugar, en la lista".

Indicó que mediante Decreto 1168 del 19 de julio de 2016, el señor Eduardo Marcelino Castro Pérez, quien en la actualidad ostenta la calidad de Notario 55 del Círculo de Bogotá fue retirado del servicio por haber alcanzado la edad de retiro forzoso; que a través de acción de tutela el señor Eduardo Marcelino Castro Pérez solicitó, la suspensión del acto administrativo que lo retiró del servicio, así el amparo de sus derechos fundamentales entre otros al mínimo vital; que en sentencia del 22 de septiembre de 2016, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos invocados por el actor ordenando al Ministerio de Justicia y del Derecho suspender los efectos del Decreto 1168 del 19 de julio de 2016, hasta tanto se resolviera la situación pensional del actor; y que en sentencia del 17 de noviembre de 2016, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y declaró la improcedencia del acción de tutela.

Manifestó que el 24 de octubre de 2016, presentó "solicitud de amparo de tutela, solicitando se ordenara mi nombramiento como notario 55 de Bogotá"; que mediante sentencia del 3 de noviembre de 2016, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró improcedente el amparo solicitado en relación con la pretensión "que se nombre al actor en el cargo de Notario 55 de Bogotá" teniendo en cuenta que "ya existe un amparo de tutela, (...) se declarará improcedente, porque en últimas lo pretendido por el actor es que por medio de esta tutela se revoque o deje sin efectos la sentencia de tutela proferida el 22 de septiembre de 2016. Adicionalmente si bien, conforme a la sentencia SU-627 de 2015 se admite la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una sentencia de tutela, no se cumplen (...) los requisitos exigidos para su procedencia".

Narró que, con escrito enviado a través de correo electrónico el 20 de diciembre de 2016, allegó a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, al igual que al Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial, copia de la sentencia del 17 de noviembre de 2016, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y requirió nuevamente de esa entidad la expedición del decreto de nombramiento como Notario 55 del Círculo de Bogotá ; que el 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional expidió varios decretos de nombramientos

de notarios de primera categoría entre ellos el No. 2134 en donde se realizó el nombramiento del señor Leonardo Augusto Torres Calderón como Notario 74 del Círculo de Bogotá, quien ocupaba el puesto 21 en la lista de elegibles.

Adicional a lo anterior, en derecho de petición del 6 de enero de 2017, solicitó al Ministerio de Justicia y del Derecho informara las razones por las cuales no ha sido nombrado como Notario 55 del Círculo de Bogotá, así como la causa del nombramiento de personas que "*ocupan posiciones posteriores a la mía en la Lista de Elegibles*"; que a la fecha de presentación de la demanda no se ha dado respuesta a la solicitud elevada por el accionante.

Finalmente indicó que por Decretos No. 34, 36, 37, 38 y 39 del 12 de enero de 2017, el Ministerio de justicia y del Derecho, "*nuevamente vulneró mis derechos fundamentales*" como quiera que realizó nombramientos en notarias de Primera Categoría entre las cuales se encuentran las opcionadas por él, al momento de inscribirse al concurso, entre ellas Notaría 24, 27 y 31 del Círculo de Medellín, Notaría 67 de Cartagena y Notaría 10 de Barranquilla, como quiera que las personas nombradas en la lista de elegibles ocupaban los puestos 25, 26, 29, 34 y 35.

Como pruebas allega:

- Copia del acuerdo No. 026 del 29 de junio de 2016 mediante el cual se aprueba la lista definitiva de elegibles en el Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera Notarial y se ordena su publicación (fl.16 al 18).
- Copia simple del oficio sin número del 21 de septiembre de 2016 suscrito por el señor Alejandro Hernández Muñoz y dirigido al Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante el cual acepta la designación para la Noatría 55 del Círculo de Bogotá (fl.19).
- Copia del Acuerdo No. 27 del 29 de junio de 2016 Por el cual se establece el mecanismo para el agotamiento de la lista de elegibles y selección de Notarías vacantes para el nombramiento de Notarios en Propiedad e ingreso a la Carrera Notarial, y se ordena su publicación (fls. 22 al 23).
- Copia del Oficio No. SNR2016EE035568 del 30 de septiembre de 2016 suscrito por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y dirigido al

señor Alejandro Hernández Muñoz en el que se le indicó sobre la suspensión de nombramiento como Notario 55 del Círculo de Bogotá (fls. 23 y 24).

- Copia de la sentencia del 3 de noviembre de 2016 proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, interpuesta por el señor Alejandro Hernández Muñoz para el amparo de sus derechos fundamentales a la unidad familiar, el acceso a cargos públicos, el debido proceso, el trabajo, y los principios de dignidad e igualdad, en el que se declaró improcedente el amparo solicitado por el señor Alejandro Hernández Muñoz, respecto de su nombramiento en el cargo de Notario 55 y Notario 63 del Círculo de Bogotá (fls. 5 al 31).

- Copia de la sentencia del 17 de noviembre de 2016, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante el cual se revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de septiembre de 2016, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela promovida por el señor Eduardo Marcelino Castro Pérez (fls. 34 al 44).

- Copia del Decreto No. 2134 del 22 de diciembre de 2016 por el cual se efectúa el nombramiento de un notario en propiedad "*LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN*" (fls. 45 y 46).

- Copia del Decreto No. 034 del 12 de enero de 2017 por el cual se efectúa el nombramiento de un notario en propiedad "*CARLOS EDUARDO VALENCIA GARCÍA*" (fls. 47 y 48).

- Copia del Decreto No. 036 del 12 de enero de 2017 por el cual se efectúa el nombramiento de un notario en propiedad "*MARIO ARMANDO ECHEVERRÍA ESQUIVEL*" (fls. 49 y 50).

- Copia del Decreto No. 037 del 12 de enero de 2017 por el cual se efectúa el nombramiento de un notario en propiedad "*AYDEE CECILIA MERIÑO SALAZAR*" (fls. 51 y 52).

- Copia del Decreto No. 038 del 12 de enero de 2017 por el cual se efectúa el nombramiento de un notario en propiedad "*PAULINA GOMEZ GONZALEZ*" (fls. 53 y 54).

- Copia del Decreto No. 039 del 12 de enero de 2017 por el cual se efectúa el nombramiento de un notario en propiedad "*HÉCTOR MAURICIO DÁVILA BRAVO*" (fls. 55 y 56).

## TRÁMITE PROCESAL

El 25 de enero de 2017 se repartió la solicitud de amparo al Magistrado Ponente (fl. 57); que el 26 de enero de 2017 ingresó el expediente al Despacho, y en auto de la misma fecha se admitió la tutela y se dispuso dar traslado a la Entidad accionada; que el 26 de enero de 2017, el accionante radicó escrito solicitando medida cautelar, y en auto del 27 de enero de 2017, se negó la solicitud.

## INFORME DE LA ACCIONADA

**Superintendencia de Notariado y Registro.** (fls. 80 al 85). En informe del 31 de enero de 2017, solicitó se nieguen las pretensiones teniendo en cuenta que se están desarrollando los trámites administrativos para que se dé en el menor tiempo posible el nombramiento de los notarios en propiedad como resultado del Concurso de Méritos y de su lista de elegibles, como ya se ha hecho con al menos 20 integrantes de la misma, y como se realiza en el caso que nos ocupa específicamente con el señor Alejandro Hernández Muñoz, cuyo proyecto de decreto se encuentra en Presidencia de la República, a la espera del pronunciamiento del Consejo de Estado, sobre la situación jurídica de los notarios que fueron retirados del cargo con anterioridad a la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016.

Agregó que, por disposición expresa del artículo 150 del Decreto Ley 960 de 1970, y tal como se le informó al señor Eduardo Marcelino Castro Pérez en su Decreto de retiro, sólo por necesidad de prestación del servicio, continuaría en la notaría, hasta que quien deba reemplazarlo fuera nombrado, en este caso el señor Alejandro Hernández Muñoz, que en el pleno ejercicio de sus derechos como integrante de la lista de elegibles y teniendo el mejor derecho, optó por ser nombrado en la Notaría 55 del Círculo Notarial de Bogotá, al encontrarse la misma vacante desde la expedición del Decreto 1168 del 19 de julio de 2016.

Concluyó que acceder a las pretensiones del actor, no interfiere en nada con la agilidad o no de la expedición de su Decreto de nombramiento, ya que la situación del mismo como integrante de la lista de elegibles se encuentra consolidada, habiéndose agotado el concurso para él en cuanto aceptó ser nombrado en la Notaría 55 de Bogotá. Tanto Presidencia de la República, como el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Carrera Notarial, se encuentran a la espera del concepto que pueda dar el H. Consejo de Estado, con relación a la situación jurídica en la que se encuentran los notarios que fueron retirados de sus cargos con anterioridad a la expedición de la Ley

1821 de 2016, y que se encontraban para esa fecha en la notaría únicamente por la necesidad de prestación del servicio y como se expuso anteriormente hasta que se nombre y posesione a quien debe reemplazarlo.

**Departamento Administrativo De la Presidencia de la República.** (fls. 144 al 166), en escrito del 6 de febrero de 2017, manifestó que no es la primera vez que el actor instaura una tutela en búsqueda de ser nombrado en alguna de las notarías que eligió al inscribirse en el concurso de notarios, por lo que ahora instaura esta demanda con el fin de que se ordene que no se vuelvan a hacer nombramientos mientras se define su situación, así como la suspensión de los efectos de los Decretos 2134 del 22 de diciembre de 2016, 34, 36, 37, 38 y 39 del 12 de enero de 2017, pues a su juicio fueron expedidos en contravención de la lista de elegibles hasta que se resuelva de manera definitiva su situación frente a los elegibles; y solicitó desvincular a la Presidencia de la República de la presente acción, por cuanto el Presidente de la República no es el representante legal ni judicial del Estado de la nación, ni de alguna entidad del orden nacional o territorial.

### **VALIDEZ Y EFICACIA**

Esta Subsección es competente para conocer del presente asunto, por el lugar de ocurrencia de los hechos y los demás requisitos de procedibilidad, conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991<sup>1</sup> y el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000.

### **PROBLEMA Y TESIS CONSTITUCIONAL**

Corresponde a esta Sala decidir si el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y el Superintendente de Notariado y Registro, vulneraron los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, a los derechos adquiridos, al debido proceso, vida digna, al trabajo, a la igualdad, así como la vulneración a los principios fundamentales a la confianza legítima, buena fe, mérito y seguridad jurídica, y respeto al acto propio, del señor Alejandro Hernández Muñoz, como quiera que a la fecha de la presentación de la demanda aún no se ha hecho efectivo el nombramiento en el cargo de Notario 55 del Circulo de Bogotá siendo que se encuentra de primero en la lista de elegibles para ocupar dicho cargo.

En este sentido la Subsección en relación del precitado cargo de Notario 55 del Circulo de Bogotá, deberá tutelar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo,

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Expediente No. 2014-03658. M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

trabajo, igualdad, acceso a los cargos públicos del accionante porque los concursos públicos de mérito para acceder a un cargo público son el instrumento más eficaz e idóneo para la realización de los derechos fundamentales reclamados y quien ocupa o está en el primer lugar de la lista de elegibles para el cargo vacante deberá ser protegido de manera inmediata en sus derechos, como es el caso que nos ocupa.

Aunque se advierte que encuentra en sede de impugnación ante el Consejo de Estado, tutela promovida por el aquí tutelante que tiene por objeto su efectivo ingreso al referido cargo, y respecto de la cual, en primera instancia se declaró improcedencia bajo la consideración que comportaba tutela contra amparo constitucional conferido en favor de status pensional de quien viene desempeñando el cargo de Notario 55 del Circulo de Bogotá. Amparo del que destaca esta Sala de Decisión fue revocado por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2016.

La Sala se ocupará de los siguientes temas: de los presupuestos de la acción, los concursos públicos de méritos, procedencia de la acción de tutela, en casos de vulneración a derechos fundamentales, en el desarrollo de un concurso de méritos, subsidiariedad de la acción, concurso de méritos cuando ya existe lista de elegibles - procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, y caso concreto.

## **CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES**

### **1.- Normatividad.**

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política:

*"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", y la acción de tutela "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

Así mismo, establecen los artículos 5 y 6 del Decreto 2591 de 1991 que la acción de tutela procede *"contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso*



*está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.*

**2. Argumentación constitucional.**

**De los presupuestos de la acción de tutela.** La acción de tutela es un remedio procesal de carácter constitucional para proteger y garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales fundamentales de las personas (i), cuando éstos se encuentren amenazados o violados de manera actual, grave e inminente (ii), por la acción u omisión de una autoridad pública (iii) o un particular cuando presten servicios públicos y con dicha conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o el particular se encuentre en estado de subordinación o indefensión (iv), y siempre que no exista otro mecanismo judicial ordinario de protección idóneo y eficaz para la efectiva garantía del derecho fundamental (v) o existiendo dicho mecanismo ordinario la acción se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable del derecho fundamental (vi). La acción podrá ser interpuesta ante cualquier juez de la república o quien sea el competente (vii) y su trámite será informar, sumario y oficioso (viii).

El presupuesto previo y elemental es la ocurrencia de *“la acción u omisión”* de la autoridad pública o particular acusado de amenazar o vulnerar los derechos fundamentales. Es decir, el presupuesto fáctico es una condición ineludible a partir del cual el juez puede entrar a hacer las valoraciones respectivas. Lo anterior no es otra cosa que el deber que tiene el accionante de la carga de la prueba sobre los hechos que quiere hacer valer dentro del proceso y, en el ámbito de la tutela, a pesar que este deber no es absoluto porque es el juez quien tiene la carga oficiosa de garantizar y proteger el derecho fundamental, deben estar acreditados los hechos (acciones u omisiones) sobre las cuales están basadas las amenazas o vulneraciones de los derechos.

Acudir a la acción de tutela es una apropiación directa de la Constitución y de los derechos por parte de quien considera que mediante una *“acción u omisión”*, la administración o el particular afectan sus derechos en cuanto a su disfrute, ejercicio y goce. Este proceso de subjetivación de la Constitución es una nueva cultura de los derechos en el ámbito cotidiano de los ciudadanos que transforma nuestro constitucionalismo político en uno normativo o militante.

**Los concursos públicos de méritos.** El Estado Social de Derecho tiene unos elementos que lo definen y diferencian de otros modelos anteriores, uno de ellos es precisamente la democracia participativa y como una de sus expresiones el derecho a ocupar cargos públicos (Art. 40 CP) a través de concurso público de méritos (Art. 125 CP). En esta misma

dirección se incluyó la carrera como el principio y la regla general para proveer cargos en el estado (ib), por eso la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sido celosos en garantizarla. En reciente sentencia de unificación, SU-553 de 2015, la Corte Constitucional reiteró los ejes centrales, así:

*La Corte ha reiterado en su jurisprudencia que la carrera administrativa es el mecanismo por excelencia para el ingreso, permanencia, promoción y retiro a los empleos del Estado<sup>2</sup>, lo que significa su aplicación general y, por ende, la interpretación restrictiva de las excepciones consagradas en la Constitución<sup>3</sup>. Así mismo, este Tribunal ha determinado que la carrera administrativa, tiene por objeto la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (CP, 40.7), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (CP, 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (CP, 53 y 125) y se funda en el mérito de los aspirantes, para lo cual la Carta Política prescribió el concurso público como el mecanismo idóneo para establecer el mérito y las calidades de los mismos<sup>4,5</sup>*

**Procedencia de la acción de tutela, en casos de vulneración a derechos fundamentales, en el desarrollo de un concurso de méritos, subsidiariedad de la acción.** Una de las características ineludible de la acción constitucional de tutela, es la subsidiariedad, la cual se desprende del inciso 3º del artículo 86 de la Carta Superior, refiriéndose a que solo procede, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se invoque como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, premisa que se justifica "en razón a la necesidad de preservar el orden y regular competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también asegurando el principio de seguridad jurídica<sup>6</sup>.

Así, la labor del juez constitucional cobra relevancia toda vez que debe examinar, según las particularidades del caso, si el accionante cuenta o no con otro mecanismo de protección judicial ordinario y de ser así, esclarecer si aquél es efectivo; de lo contrario, deberá entrar a proceder a considerar la procedencia de la tutela. A más de eso, si el asunto es de relevancia constitucional que amerite su estudio y control bajo ese instrumento de protección. Por lo tanto, como el concurso de méritos es reglado, este está mediado por actos administrativos, como la convocatoria, por lo que en principio se puede

<sup>2</sup> Sentencia C-671 de 2001.

<sup>3</sup> Sentencia C-315 de 2007.

<sup>4</sup> Sentencia C-101 de 2013.

<sup>5</sup> En las Sentencias T-569 de 2011, C-319 y T-502 de 2010, C-588 de 2009, C-901 de 2008, entre otras, la Corte ha venido reiterando que el mérito y el concurso público son los dos pilares fundamentales de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991. En virtud del mérito se pretende que las capacidades, cualidades y eficacia del aspirante sean los factores determinantes "para el acceso, permanencia y retiro del empleo público." (C-315 de 2007). Por su parte, el concurso público es el mecanismo para establecer el mérito, ya que aquel está exclusivamente dirigido a comprobar "las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos." (C-112 de 2005). La Corte ha manifestado que el concurso público debe ser comprensivo de "todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública", incluidos aquellos factores en los cuales "la calificación meramente objetiva es imposible", ya que aquello garantiza la erradicación de cualquier margen de subjetividad en la escogencia del concursante.

<sup>6</sup> Sentencia T-487 de 2011.

decir existe un medio judicial ordinario para controlar las actividades y decisiones de la administración. (Art. 138 CPACA)

En tal sentido, la H. Corte Constitucional ha señalado que *"la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados, en la medida en que las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso"*. La anterior línea ya había sido establecida por la sentencia SU-913 de 2009, la cual señala que *"en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata."*

En efecto, las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos, generalmente constituyen actos de trámite y contra estos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011. Por tanto, en el evento de presentarse en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso, pues es el único medio pertinente y útil para valorar dicha situación, dado que otro mecanismo ordinario, haría nugatoria la necesidad de amparar de manera inmediata, los derechos invocados.

**La naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela.** Una de las características esenciales del Estado Social de Derecho es la inclusión de la carta de derechos como verdaderos poderes en cabeza de la persona, lo cual significa que el derecho fundamental es un cambio cualitativo en la concepción de los derechos toda vez que tiene como elemento ontológico el mecanismo constitucional de defensa y protección efectiva. El otro cambio cualitativo en esta perspectiva es el lugar y papel del juez en la realización de los derechos fundamentales y de la Constitución. Así, entonces, derechos más mecanismo de protección más juez constitucionalizado, son hoy el nuevo paradigma del Estado Constitucional<sup>8</sup>.

Dentro del anterior paradigma es que debemos comprender el papel de la ley como aplicación e implementación de la Constitución, donde ella sigue teniendo un papel

<sup>7</sup> Sentencia T - 156 de 2012.

<sup>8</sup> Corte Constitucional T-406/92.

importante en cuanto que es la manifestación de la democracia participativa y la soberanía popular, sin embargo, la tensión natural y permanente entre democracia y constitución, si bien no puede ser resuelta de manera definitiva, sí debe en cada caso concreto hacer posible una solución plausible y razonable. En este sentido, el imperio de la ley, entonces, debe comprenderse dentro de esta nueva dinámica compleja y el juez tiene el deber de en cada caso concreto ir conciliando y equilibrando estas dos fuerzas.

La acción de tutela es el mecanismo constitucional de protección y realización de los derechos fundamentales, cuya naturaleza jurídica es esencialmente subsidiaria y residual. La definición del artículo 86 de la Constitución Política es clara al respecto cuando establece que la *"acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."* El gran reto hoy, después del auge en los primeros años y, desarrollo y consolidación de la tutela como una forma de socializar y subjetivizar los derechos y la Constitución, es garantizar su eficacia jurídico constitucional y su papel emancipatorio<sup>9</sup> dentro del orden jurídico a través de análisis ponderados, rigurosos y adecuados por parte de los jueces y magistrados. La comprensión de la dogmática que ha venido construyendo la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, ha permitido que la acción de tutela siga manteniendo su vitalidad emancipatoria y aquí los jueces cumplen un papel esencial en cuanto que deben ser capaces de mantener esa vitalidad sin abandonar la legalidad, la cual en adelante se encuentra constitucionalizada. La tutela, entonces, es una fuente vital del derecho.

Ahora bien, este nuevo paradigma de los derechos o, lo que es lo mismo, de la Constitución, no puede transformar el ordenamiento jurídico en una hiper constitucionalización donde la ley pierde su lugar y éste es ocupado por la Constitución, porque con ello acabaríamos con el principio de la soberanía popular y la democracia representativa, y los jueces serían legisladores. Por tanto, la ley sigue mediando y regulando las relaciones sociales, políticas, económicas, etc., de la sociedad. De ahí que la Constitución cumple el papel de última ratio en la definición de los que son los derechos y lo hace a través de mecanismos que se encuentran incluidos en su propio texto, los cuales garantizan su superioridad y vigencia efectiva (Art. 4, 5, 86, 93 CP).

La tutela es un mecanismo constitucional excepcional, subsidiario y residual para la protección efectiva de los derechos fundamentales. La tutela de ninguna manera puede ser un mecanismo alternativo o paralelo a los mecanismos ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico a través del legislador. Por tal razón se considera como uno de los

---

<sup>9</sup> Sobre este concepto véase: Boaventura de Sousa Santos. Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá, IISA, julio 2009.

presupuestos generales de procedibilidad de la tutela, el que quien aspira a la protección constitucional haya "agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial [a su alcance], salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable."<sup>10</sup> (Subrayado fuera de texto)

**La tutela como mecanismo eficaz e idóneo ó transitorio para evitar un perjuicio irremediable.** La tutela procede, en principio, como mecanismo judicial principal cuando en el ordenamiento jurídico no exista ningún medio judicial de defensa de los derechos fundamentales (1) o cuando existiendo otro medio judicial de defensa éste no resulte idóneo (2) o cuando a pesar de la eficacia del medio judicial ordinario la tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (3).

La Corte Constitucional en sentencia T-167 de 2007 dijo al respecto:

*La tutela "sólo procede (1) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,<sup>11</sup> o (ii) la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>12</sup>*

**Tutela contra actos administrativos.** Por regla general la tutela es improcedente contra actos administrativos porque, primero, estos tienen un mecanismo ordinario de control de legalidad como es la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho, segundo, también existe un instrumento procesal idóneo y eficaz para la protección de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales como es la suspensión provisional o las otras medidas cautelares dentro del proceso, y, tercero, la tutela es de naturaleza residual y necesariamente tendrá que utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, siempre que dichos mecanismos ordinarios no sean idóneos y efectivos para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados con ocasión de un acto administrativo<sup>13</sup>, pues el uso indiscriminado de la acción de tutela desinstitucionaliza el carácter residual de esta y el papel del juez ordinario como afecta el debido proceso de los juicios ordinarios<sup>14</sup>.

La tutela contra actos administrativos, por ser excepcional y proceder cuando ocurra el perjuicio irremediable, exige un juicio complejo de todos y cada uno de los requisitos o

<sup>10</sup> Sentencia T-504/00.

<sup>11</sup> Lo que permite que la tutela entre a proteger de manera directa los derechos presentemente vulnerados. Esta causal es un desarrollo jurisprudencial T-414/92 y SU-941/99.

<sup>12</sup> Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1999 en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>13</sup> Corte Constitucional T-094 de 2013.

<sup>14</sup> Sentencia T-514 de 2003, reiterado, entre otras muchas, en sentencia T-046 de 2009.

subreglas de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad o impostergabilidad, pues es a partir del caso concreto que se debe determinar si se justifica la intervención del juez constitucional de manera transitoria o definitiva en la protección del derecho fundamental reclamado, cuando existe el mecanismo ordinario de protección. De todas formas el juicio, a pesar de ser complejo, no puede ser tan riguroso porque existen situaciones de grupos de especial protección que no puede medirse con el mismo rasero el estudio del perjuicio irremediable. Al respecto la sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001 expuso lo siguiente:

*"...algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un "tratamiento diferencial positivo"<sup>15</sup>, y que amplía (sic) a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela..."*

**Concurso de méritos cuando ya existe lista de elegibles. Procedencia de la acción de tutela.** La situación cambia, cuando dentro del proceso de concurso de méritos ya se ha expedido la lista definitiva de elegibles puesto que ya existe un acto administrativo de carácter definitivo que reconoce derechos a los elegidos y puede ser controvertido a través del mecanismo judicial ordinario de legalidad correspondiente. Sin embargo, en algunos casos este mecanismo no resulta eficaz.

La Corte Constitucional se ha referido al tema de la lista de elegibles cuando las personas ocupan el primer puesto en las mismas y ha sostenido que *"cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido"*<sup>16</sup> razón por la cual, cuando se presenta vulneración a dichos derechos y las entidades públicas no quieren acatar la lista en su respectivo orden se puede acudir a la acción de tutela. Pues lo que se está controvirtiendo en este caso es el derecho a ocupar el cargo público con base en el mérito que ya fue examinado en el concurso.

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002<sup>17</sup>, la Corte reiteró esta posición:

*"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos,*

<sup>15</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-347/96 MP. Julio César Ortiz. En el mismo sentido ver la Sentencia T-416/01 MP. Marco Gerardo Monroy Cabrá.

<sup>16</sup> SU-913 de 2009

*pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."*

## DEL CASO CONCRETO

**Precisión constitucional del caso.** Revisada la demanda y las pruebas allegadas, se observa que el señor ALEJANDRO HERNÁNDEZ MUÑOZ se inscribió en la convocatoria para el concurso de Notarios abierta mediante el Acuerdo 01 del 9 de abril de 2015; que mediante el Acuerdo 27 del 29 de junio de 2016 se estableció el mecanismo para el agotamiento de la lista de elegibles y selección de Notarías vacantes para el nombramiento de Notarios en Propiedad e ingreso a la Carrera Notarial, y se ordenó la publicación, en donde el actor ocupó el puesto No. 19 para Notario de primera categoría y que a la fecha continúa suspendido su nombramiento como Notario 55 del Círculo de Bogotá, aun cuando ya fueron nombrados para notarias vacantes otros aspirantes que en la lista de elegibles estaban por debajo del puesto ocupado por el accionante.

Refirió que si bien mediante Decreto 1168 del 19 de julio de 2016, el señor Eduardo Marcelino Castro Pérez, quien en la actualidad ostenta la calidad de Notario 55 del Círculo de Bogotá fue retirado del servicio por haber alcanzado la edad de retiro forzoso y que en pronunciamiento del 17 de noviembre de 2016, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y declaró la improcedencia del acción de tutela, no entiende las razones por las cuales aún no se ha efectuado su nombramiento.

Adicionalmente refiere que el 24 de octubre de 2016, presentó "*solicitud de amparo de tutela, solicitando se ordenara mi nombramiento como notario 55 de Bogotá*"; la cual se resolvió desfavorablemente en sentencia del 3 de noviembre de 2016, por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Rad. 2016-02159), en el sentido de declarar improcedente el amparo solicitado en relación con la pretensión "*que se nombre al actor en el cargo de Notario 55 de Bogotá*" teniendo en cuenta que "*ya existe un amparo de tutela, (...) se declarará improcedente, porque en últimas lo pretendido por el actor es que por medio de esta tutela se revoque o deje sin efectos la sentencia de tutela proferida el 22 de septiembre de 2016. Adicionalmente si bien,*

*conforme a la sentencia SU-627 de 2015 se admite la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una sentencia de tutela, no se cumplen (...) los requisitos exigidos para su procedencia”.*

El debate constitucional se circunscribe a determinar si (i) frente al proceso bajo el radicado No. 2500023410020160215901 ante el Consejo de Estado, Magistrado Ponente doctor ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, para resolver la impugnación contra la providencia del 3 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” cuyo accionante es el señor ALEJANDRO HERNÁNDEZ MUÑOZ, cuya pretensión principal es que se le nombre como Notario 55 del Círculo de Bogotá, y en subsidio se ordene el retiro del notario 63 y sea nombrado en ésta (fl. 25), entonces, le corresponde a la Sala establecer si la presente acción de tutela tiene el mismo objeto teniendo en cuenta que pretende que se le tutele sus derechos fundamentales debido a que se nombraron nuevos notarios de la lista de elegibles que están por debajo sin que hasta la fecha se le haya nombrado ni posesionado como notario? y (ii) en el presente caso lo que pretende el accionante es que la Entidad demandada, (a) se abstenga de realizar nuevos nombramientos en notarías de círculos notariales que fueron seleccionadas al momento de su inscripción al concurso convocado mediante acuerdo 01 de 2016, hasta tanto sea resuelto de manera definitiva mi derecho adquirido como integrante de la lista de elegibles; y (b) Que se suspendan los efectos de los nombramientos realizados mediante los Decretos No. 2134 del 22 de diciembre de 2016, No. 34, 36, 37, 38 y 39 del 12 de enero de 2017, producidos en contravención al orden de lista de elegibles, hasta tanto sea resuelta de manera definitiva mi situación frente a la lista de elegibles.

**La determinación del caso concreto.** Para resolver el primer problema constitucional, la Sala tendrá que establecer con claridad y precisión los elementos del caso que se debate puesto que al estar en curso una acción de tutela para resolver la impugnación en el H Consejo de Estado (Rad. 2016-2159-01) donde, en principio, se tiene el mismo objeto ya que se pretende en esencia que se nombre y posea en el cargo de notario 55 del Circuito de Bogotá y en subsidio en la notaría 63, entonces adquiere relevancia saber si para el caso en ciernes, cuando han aparecido unas circunstancias adicionales, como son que se revocó el amparo constitucional en razón del cual en primera instancia la tutela precedente (Rad.2016-2159-01) se declaró improcedente y se nombraron a otros integrantes de la lista de elegibles que estaban por debajo del accionante, todavía existe la identidad de objeto, es decir, que las demandas pretendan “la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental”<sup>18</sup>. Sobre este

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional T-112 A-2014



particular es importante señalar que cuando se refiere al objeto en el ámbito de los debates de constitucionalidad por tutela, el juez constitucional tiene un amplio margen de interpretación ya que, como garante de los derechos, puede decidir ultra o extra petita, sin que desconozca el verdadero sentido de lo que pretende el accionante. En este sentido, entonces, los dos procesos de tutela buscan que se garantice y proteja el derecho al nombramiento en el cargo de Notario en el Circuito de Bogotá, primigeniamente en el número 55 y subsidiariamente en la 63 o la que se encuentre vacante respetando la lista de elegibles es estricto orden descendente. Por lo tanto, al juez constitucional le corresponde, previo a resolver si existe vulneración o amenaza al derecho fundamental, adoptar el remedio constitucional que mejor se adecue a las circunstancias particulares y concretas del caso concreto.

Visto lo anterior, lo que encuentra la Sala, en principio, es que existe una acción de tutela en curso que está pendiente de resolver la impugnación donde se debate el derecho del accionante a ser nombrado como notario 55 o 63 del Circuito de Bogotá, por tener el derecho fundamental a ser nombrado en el cargo por estar en la lista de elegible. Así mismo, que las nuevas circunstancias de nombramientos en otros cargos de notarios vacantes, no altera para nada su pretensión principal. Sin embargo, el caso adquiere mayor complejidad para su resolución correcta y justa. En esta línea argumentativa, por lo tanto, son varios los escenarios constitucionales que pueden presentarse: a) Que el H Consejo de Estado en la instancia de impugnación dentro del proceso radicado 2016-2159-01, tutele los derechos fundamentales del accionante y ordene el nombramiento inmediato en la notaría 55 o 63 del Circuito de Bogotá, en tal caso, la presente acción podría entrar en contradicción si se tutela el derecho a ser nombrado en otra Notaría o se suspenden los nombramientos de los demás integrantes de la lista; b) Que el H Consejo de Estado en la instancia de impugnación dentro del proceso radicado 2016-2159-01 decida confirmar la primera instancia y declarar la improcedencia de la acción de tutela, caso en el cual solo habría contradicción aparente con el presente proceso si la Sala accede a amparar los derechos fundamentales, contrastado que la razón de la declaratoria de improcedencia decayó con la revocatoria del amparo conferido quien viene desempeñando el cargo de Notario 55; c) Que la presente acción de tutela se conceda la protección de los derechos fundamentales y se ordene el nombramiento inmediato y con carácter transitorio al cargo de notario 55 del Circuito de Bogotá, y con fines a que el H Consejo de Estado decida de manera definitiva e integral el caso del señor accionante, para lo cual se remitirá copia de todo el expediente para que, si lo considera pertinente, declare la acumulación de los dos procesos y pueda resolver coherentemente los problemas constitucionales que se presentan en el caso; d) Que frente a la vulneración de los derechos fundamentales se acepte la teoría del accionante y que se ordene el nombramiento en otro cargo de notario o que se suspendan todos los nombramientos a notario hasta que se garantice el derecho

a ser nombrado como integrante de la lista de elegibles por encima de todos los demás que estén por debajo del accionante, caso en el cual, la situación sería más compleja debido a que se afectaría a terceros que están protegidos por actos que gozan de la presunción de legalidad y de todas maneras podríamos entrar en contradicción con el H Consejo de Estado.

Como puede observarse, en los anteriores escenarios expuestos, sin pretender agotar las posibilidades, lo que busca la Sala es mostrar por una parte que si bien existen circunstancias nuevas en el presente caso frente a la tutela que se encuentra para resolver en segunda instancia, también existe una identidad de objeto clara, y, por la otra, que frente a la vulneración evidente de los derechos fundamentales al accionante el mejor escenario para abordar el caso es ordenar el nombramiento inmediato del accionante en el cargo de notario 55 del Circuito de Bogotá, remitir copia íntegra del expediente al H Consejo de Estado para que, si lo considera pertinente, declare la acumulación del proceso, se otorgue el amparo de manera transitoria hasta tanto se resuelva de manera íntegra y definitiva el caso del accionante, pues con ello promoveríamos que dentro del proceso en curso se profiera decisión que desate en integridad el asunto.

**La vulneración de los derechos fundamentales reclamados y el derecho al nombramiento inmediato y de manera transitoria al cargo de notario 55 del Circuito de Bogotá.** Para la Sala no hay ninguna duda del derecho que tiene el primero de la lista de elegibles a ser nombrado para ocupar un cargo público vacante y, en este caso, a ser nombrado como notario según el orden de lista, es decir, si el accionante ocupa el puesto 19 en la lista de elegibles no es constitucional ni sano que su derecho adquirido a ser nombrado en el cargo de notario se vea afectado por situaciones administrativas o de trámite y que, por esta razón, pierda la posibilidad real de ser nombrado en el siguiente cargo vacante de notario.

Sin embargo, el caso propuesto es complejo puesto que se presenta una tensión de derechos y debe armonizarse la presente acción con el proceso de tutela que está en instancia de impugnación ante el H Consejo de Estado, cuyo radicado es el No. 25000234100020160215901.

Para abordar esta problemática de naturaleza sustantiva y procesal, al mismo tiempo, es necesario que comprendamos el significado de los principios que rigen el proceso de tutela de efectividad, sustantividad y economía, ya que permitirían encontrar la armonización entre el presente proceso y el que se encuentra en curso, sin enredarnos en discusiones de naturaleza formal.

Empecemos diciendo que la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia dentro del radicado 2016-2159, es que se declara improcedente la acción de tutela frente a la pretensión de nombramiento en el cargo de notario 55 del Circuito de Bogotá, porque al señor Eduardo Marcelino Castro Pérez, como titular del cargo en dicha notaría, se le había concedido el amparo constitucional para mantenerse en el cargo (Rad. 2016-4173), por lo tanto, conforme a la sentencia SU-627 de 2015, es improcedente "en últimas lo pretendido por el actor es que por medio de esta tutela se revoque o deje sin efecto las sentencia de tutela proferida el 22 de septiembre de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación" (fl. 30 adverso)

El presupuesto de la *ratio decidendi* fue desvirtuado por H Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", porque la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, radicado 2016-04173-01, Magistrado Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, revocó la tutela concedida al señor Eduardo Marcelino Castro Pérez fundado en dos razones: a) Que existía un mecanismo judicial ordinario idóneo y eficaz para controlar la legalidad del decreto 1168 del 19 de julio de 2016 por el cual se le retiró del servicio notarial y b) No se probó el perjuicio irremediable para que procediera la tutela contra actos administrativos de manera excepcional. (Fl. 39-44)

En consecuencia, el retiro del servicio notarial del señor Eduardo Marcelino Castro Pérez, notario 55 del Circuito de Bogotá, ordenado por el Decreto 1168 del 19 de julio de 2016, se encuentra en firme y debe cumplirse de manera inmediata, conforme lo establece los artículos 88 y 89 CPACA.

En conclusión, al momento de la presente sentencia, la Sala encuentra que no existe razón de naturaleza constitucional o legal para que se ponga en duda la obligatoriedad y ejecutividad del Decreto 1168 del 19 de julio de 2016, como bien lo ha señalado el Ministerio de Justicia y del Interior (fl. 143-154), cuando argumenta extensamente sobre la naturaleza jurídica de los notarios y el retiro del cargo por cumplimiento de la edad, pero también y lo más importante, que la sentencia de tutela que le protegió el derecho a permanecer en el cargo y suspendió los efectos del acto administrativo precitado, fue revocada con el argumento que existe un mecanismo judicial ordinario para que se controle su legalidad y un mecanismo expedito y eficaz como es la medida cautelar para que aduzca los argumentos de naturaleza constitucional para que sean evaluados por el juez natural de la causa. El otro argumento que se aduce para mantener al señor Castro Pérez en el cargo de notario por encima del derecho adquirido del accionante se refiere a la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, norma que tiene vigencia hacia el futuro y cuando taxativamente el artículo 3º raza:

**ARTÍCULO 3º.** Esta ley **no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos**, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.

Desde la anterior perspectiva, la Sala encuentra que el derecho adquirido aducido por el accionante al cargo de notario 55 del Circuito de Bogotá, debe ser materializado de manera inmediata y sin ningún otro contratiempo ni procedimiento especial pues de otra manera los actos administrativos en firme que tienen la vocación de obligatoriedad y ejecutividad se ven limitados en su materialización por razones extrajurídicas que esta Sala no comparte.

**La acumulación de procesos de tutela como mecanismo idóneo para la armonización de los derechos en conflicto y la coherencia en la administración de justicia constitucional.** La tutela es un elemento esencial y definitorio de los derechos fundamentales, puesto que la pura proclamación si un instrumento eficaz, expedito e idóneo en cabeza del titular del derecho fundamental, como lugar del mismo derecho fundamental, resultaría vana su proclamación positiva. El artículo 86 de nuestra Constitución, al prever la acción de tutela le otorgó una naturaleza informal, que no arbitraria en su trámite, puesto que es el juez constitucional quien tiene la confianza y las facultades para ser el garante de los derechos fundamentales. Para la Corte Constitucional, el proceso de tutela tiene un carácter "preferente y sumario", y en especial una "marcada informalidad" y "celeridad"<sup>19</sup>. "La Corte ha sostenido que es la Constitución la que, en su artículo 86, leído en concordancia con el artículo 228, le da al proceso de tutela su notoria inclinación hacia la informalidad y la celeridad. Estos principios proscriben la incorporación de reglas, en el proceso de amparo, que hagan menos accesibles sus posibilidades "para las personas sin mayores conocimientos jurídicos". De modo que, por ejemplo, esta Corte se ha negado a reconocer la procedencia de recursos normalmente aceptados en otros procedimientos judiciales, cuando ha advertido que la definición del ámbito de sus causales y condiciones de procedencia, así como otros aspectos jurídicos que definen sus dimensiones procesales, sean asuntos "que entendi[a]n y manejan sólo los expertos en derecho".<sup>20</sup>

La Corte<sup>21</sup> con respecto al principio de informalidad aplicable al proceso de tutela dijo:

*"Uno de los principios más importantes que rige el trámite de la acción de tutela es el de la informalidad. Este rasgo surge de la naturaleza y finalidad*

<sup>19</sup> Sentencia T-162 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), antes citada.

<sup>20</sup> Sentencia T-162 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), referenciada.

<sup>21</sup> Sentencia C-284-14

*misma de la acción, pues al ser la tutela el medio que confirió la Constitución Política a los ciudadanos para hacer efectivos sus derechos fundamentales, es necesario excluir el ritualismo y el tecnicismo. De hecho, al ser una acción que pueden interponer las personas sin mayores conocimientos jurídicos, es imposible exigir en su trámite formalidades que entienden y manejan sólo los expertos en derecho. Por otro lado, la protección que reclaman con tanta urgencia los derechos fundamentales, y que la tutela pretende brindar, no se puede supeditar a la observancia de cuestiones meramente procesales”.*

Para el caso en ciernes, existen varias situaciones que deben ser valoradas dentro del marco de los principios antes enunciados, como son: a) La acción de tutela interpuesta por el accionante con anterioridad (2016-2159-01) tuvo como objeto precisamente debatir el derecho adquirido a ser nombrado en la Notaría 55 de Bogotá; b) La sentencia del 3 de noviembre de 2016 proferida por la Subsección “A” de la Sección Primera, negó por improcedente la tutela con respecto a la Notaría 55 de Bogotá y frente a la Notaría 63 negó la tutela; c) Este proceso fue impugnado y en la actualidad se encuentra pendiente para fallo en el despacho de H Magistrado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés; d) El presente proceso de tutela tiene identidad de objeto frente a la que actualmente se encuentra en impugnación ante el H Consejo de Estado, como ya lo analizó la Sala arriba; e) Existe un evidente conflicto de derechos entre el accionante y el actual Notario 55 del Circuito de Bogotá, y los demás notarios nombrados con Decretos 2134/2016, 34, 36, 37, 38, 39 de 2017 (fl. 45-56) que deben armonizarse de manera adecuada y justa, dentro del presente proceso de tutela, pero que no podría llevarse a cabo si no se tiene en cuenta el proceso de tutela en curso (2016-2159-01) donde también se debate el mismo asunto del derecho del accionante a ocupar el cargo de Notario 55 del Circuito de Bogotá, o cualquier otro cargo de notario vacante como los que considera tiene derecho preferente al encontrar ocupando el primer puesto hasta tanto se nombre y posesione, situación que hasta la fecha no ha ocurrido; f) Pero la Sala comprende que al expedir la sentencia sin tener en cuenta los posibles escenarios constitucionales que ya fueron enunciados, referentes a que se encuentra pendiente resolver una impugnación en el Consejo de Estado sobre el mismo tema, puede afectar i) el principio de coherencia de la justicia constitucional y entrar en contradicción y ii) la credibilidad y legitimidad ante la sociedad que espera de sus jueces decisiones correcta y justas.<sup>22</sup> Pues como señala la Superintendencia de Notariado y Registro, en el informe presentado en el proceso: que el nombramiento del accionante se encuentra en Presidencia de la República para su sanción, “teniendo plena certeza que se le debe nombrar en la notaría 55 de Bogotá, por tener el mejor derecho” (fl. 81).

<sup>22</sup> Ver Corte Constitucional sentencia C-691-2015. “El principio de coherencia del sistema jurídico apunta a entender el derecho como un sistema, y a éste como un conjunto de partes interrelacionadas, regidas por unos principios comunes. En palabras de Del Vecchio, “Las proposiciones jurídicas particulares, aunque pueden por sí misma considerarse en su abstracción, tienden naturalmente a constituirse en sistema. La necesidad de coherencia lógica lleva a que se acerquen aquellas que son compatibles o respectivamente complementarias, y a que se rechacen las contradictorias o incompatibles”[20]

Ahora si el debate lo circunscribimos, como pretende el accionante, tiene derecho al nombramiento y posesión en la Notaría 55 y si no entonces debe continuar en la lista de elegibles para participar en las demás notarías que vayan quedando vacantes, el asunto no resulta tan claro como parece, porque el debate se ahonda y pasa a un plano de interpretación de naturaleza legal puesto que para la Superintendencia de Notariado y Registro, el accionante, al haber optado a la Notaría 55 "se agotó el concurso y debe nombrarsele en propiedad en la Notaría 55 del Circuito de Bogotá", por lo tanto, para la Superintendencia no existe ningún debate ni duda sobre el derecho que tiene el accionante para ser nombrado en la notaría 55, pero también considera que el debate de naturaleza legal no puede suspender los demás nombramientos de notarías vacantes. (fl. 81-82)

Ahora bien, contextualizando el caso, tenemos que el debate constitucional es complejo puesto que por lo menos son varios los ciudadanos involucrados y existen muchos derechos fundamentales en tensión: los del accionante, quien tiene el derecho adquirido al nombramiento en la Notaría 55 del Circuito de Bogotá o a cualquier otra que quede vacante, siempre que se cumpla el procedimiento respectivo; el actual Notario 55 de Circuito de Bogotá, quien fue retirado del cargo (D. 1168 de 19 de julio de 2016), y se le negó la tutela para permanecer en él; la de los demás ciudadanos nombrados en las demás notarías vacantes y que estaban en un puesto inferior al del accionante, quienes tienen la protección de la presunción de legalidad de los actos administrativos de nombramiento. Así mismo debemos tener en cuenta que el accionante promovió una acción de tutela y que actualmente se encuentra pendiente de resolver la impugnación.

Desde el anterior antecedente, entonces, se pregunta la Sala si es procedente que se acumule esta tutela con la que se encuentra pendiente de resolver en el H Consejo de Estado, debido a que con ello se cumpliría con el principio esencial de la efectividad de la acción de tutela para la protección de los derechos, la prevalencia del derecho sustancial y el de economía, puesto que resulta mucho más dispendioso y hasta desgastante para el propio accionante y para la justicia constitucional misma, que varios jueces constitucionales conozcan de varios casos con el mismo objeto y del mismo accionante y que ninguno de ellos adopte una decisión definitiva e íntegra, pues la experiencia anterior nos ha enseñado que la mejor manera de garantizar y proteger los derechos fundamentales es que no se utilice el aparato judicial como un simple instrumento estratégico donde se interponen muchas acciones de tutela con el objeto de que algún juez adopte la decisión que se busca, aspecto que resulta, probable debido a las naturales diferencias interpretativas de los derechos fundamentales, pero que también es

cuestionable porque supone una instrumentalización de la justicia en contra de lealtad y del deber de no abusar de los propios derechos.(art. 95 C.P)

La acumulación de procesos busca precisamente que el mecanismo constitucional de la acción de tutela no se instrumentalice con fines estratégicos distintos a la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, pues ante la identidad de partes y de objeto, como en el caso en ciernes, no sería aconsejable ni sano ni para los derechos ni para la justicia constitucional que varios jueces al mismo tiempo o en distinto momentos, revisen el mismo caso de protección de los derechos fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela.

El artículo 2.2.3.1.2.3 del decreto 1069 de 2015, estableció la acumulación de decisiones así: "El juez que aboque el conocimiento de varias acciones de tutela con identidad de objeto, podrá decidir en una misma sentencia sobre todas ellas, siempre y cuando se encuentre dentro del término previsto para ello".

La otra figura que se estableció en el artículo 2.2.3.1.2.2 del decreto 1069 de 2015 que frente a la interposición de varias acciones de tutela, el "funcionario encargado podrá remitir a un mismo despacho las acciones de tutela de las cuales se pueda predicar una identidad de objeto, que permita su trámite por el mismo juez competente"

Otra figura disponible para evitar esta multiplicidad de acciones con identidad de objeto y partes, es la temeridad. La Corte Constitucional en reciente sentencia ha reiterado sus características y requisitos, así:

*Hay temeridad cuando sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, por lo cual se deberá rechazar o decidir desfavorablemente todas las solicitudes. La temeridad se configura al concurrir los siguientes elementos: (i) identidad de hechos; (ii) identidad de demandante, ya sea que actúe directamente o por medio de representante; (iii) identidad de sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción<sup>23</sup>.*

Para el caso concreto, la Sala considera que si bien es cierto el accionante ha incluido nuevas circunstancias para su caso como es que el Presidente mediante Decretos 2134 del 22 de diciembre de 2016, y 34, 36, 37, 38 y 39 del 12 de enero de 2017 realizó nombramiento de nuevos notarios sin que se hubiera garantizado el nombramiento y posesión del accionante en la Notaría 55, mientras que los nuevos nombramientos recayeron en personas que estaban más abajo en la lista de elegibles (fl 18), entonces, el

<sup>23</sup> Corte Constitucional T-147-2016

debate sobre la tensión de los derechos constitucionales es evidente pero que, al mismo tiempo, al existir un proceso ante el H Consejo de Estado, radicado 201-2159-01, sin resolver la impugnación donde se debate precisamente el caso del accionante como es el derecho adquirido a ser nombrado en la Notaría 55 o 63 o cualquier otra que quedara vacante por tener el derecho fundamental del respeto de la lista de elegibles, resulta más efectivo para sus derechos y los de los demás involucrados, más eficaz para el proceso de tutela y con mayor protección de sus derechos fundamentales si el H Consejo de Estado, dentro del proceso que se encuentra en curso en segunda instancia, asume el debate de manera íntegra y resuelve todas las tensiones de los derechos fundamentales que se presentan.

La otra vía para la Sala, muy procesal y pegado a la dogmática de la temeridad, es señalar que el accionante ha incurrido en una temeridad toda vez que existen las identidades de objeto y partes, pues lo que se debate desde el principio es el derecho adquirido al respeto a ser nombrado en la notaría 55 o cualquier otra que resulte vacante de manera preferente a los demás integrantes de la lista de elegibles.

En conclusión la única vía y mecanismo idóneo para que no se presente contradicción entre las decisiones, es la figura de la acumulación de tutelas, no obstante, teniendo en cuenta que esta Sala ve necesario la intervención inmediata del juez constitucional para efectos de la protección de los derechos fundamentales del accionante, los cuales como se dijo anteriormente se encuentran vulnerados por las entidades demandadas, se procederá a tutelar sus derechos fundamentales, bajo el entendido que el nombramiento tendrá el carácter de transitorio en tanto que el Consejo de Estado resuelva acumular los procesos para resolver el caso de manera íntegra y definitiva. Se advierte que hasta que no se notifique a esta Sala que se ordenó la acumulación, este proceso y de contera el fallo seguirá las reglas normales de la impugnación si la hubiere.

Frente al informe del Presentado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (fl. 152-158) para que se desvíncule tanto a la Presidencia de la República como al señor Presidente de la República "por carecer de competencias en la materia objeto de la tutela", y la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Presidencia, solo debemos señalar que la tutela procede contra "cualquier autoridad pública", conforme la parte final del inciso primero del artículo 86 de la Constitución Política, por lo tanto, no se debate aquí la representación legal del Estado, ni de la Nación, ni de ninguna entidad nacional o territorial, sino simplemente que actuó en la conformación del acto administrativo de nombramiento de los notarios junto con el señor Ministro del Ramo.



En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo, igualdad, acceso a los cargos públicos del señor Alejandro Hernández Muñoz, vulnerado por el señor Presidente de la República, el Ministro de Justicia y del Derecho y el Superintendente de Notariado y Registro, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al Presidente de la República-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Superintendencia de Notariado y Registro, a través de sus respectivos representantes legales, o quien hagan sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, coordinen lo necesario para que en el mismo plazo se lleve a cabo el nombramiento del señor Alejandro Hernández Muñoz, identificado con cédula de ciudadanía número 79.150.281, como Notario 55 del Circuito de Bogotá, con su respectiva posesión, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**Parágrafo 1.** El nombramiento tendrá carácter transitorio en tanto se resuelven de manera íntegra y definitiva la tutela sub-lite y la que cursa bajo el radicado 25000234100020160215901.

**Parágrafo 2.** Por Secretaría remítase de manera inmediata copia íntegra del expediente al H Consejo de Estado, con destino al radicado 25000234100020160215901, que en sede de impugnación encuentra a cargo del Magistrado Ponente, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, para que, si lo considera pertinente, ordene la acumulación del proceso, o valore la situación sobreviniente a la declaratoria de improcedencia que se profirió en primera instancia dentro del mismo.

**Parágrafo 3.** En tanto no se notifique a ésta Sala que se ordenó la acumulación, este proceso y de contera el fallo seguirá las reglas normales de la impugnación si la hubiere.

**TERCERO: NOTIFICAR** este fallo a todos los interesados, por el medio más ágil y eficaz disponible, y si no fuere impugnado, remítase oportunamente el expediente ante la Corte Constitucional, Sala de Revisión, para los fines a que hubiere lugar.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**



**JOSE ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado  
*Con aclaración*