

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

SANTA MARTA – MAGDALENA
Avenida Libertador No. 14-57, teléfono 4233888
Correo institucional: j02epmsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Santa Marta, veintisiete (27) de de dos mil veintidós (2022)

Acción de tutela presentada por Armando Luis Barrios Mendoza en nombre propio contra la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC. **Rad. 47-001-31-87-002-2022-00021-00.**

1. ASUNTO

Procede el Juzgado a decidir lo pertinente, en la acción de tutela instaurada Armando Luis Barrios Mendoza en nombre propio contra la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, invocando la protección de su derecho fundamental al *debido proceso administrativo*.

2. RESUMEN FÁCTICO

Expresa que, el 7 de diciembre de 2018, fue publicado el Acuerdo No CNSC -20181000008616, por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección para proveer los empleos de vacancia definitiva, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Santa Marta. La convocatoria fue desarrollada por Escuela Superior De Administración Pública – ESAP.

Posteriormente, se publicaron las ofertas públicas de empleos OPEC del proceso de selección, se iniciaron las inscripciones, en dicho momento, aportó la documentación en la plataforma sistema de apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad - SIMO realizando inscripción en el cargo de nivel profesional denominado profesional universitario, código 219, grado 2 correspondiente a la OPEC No 73934, dentro de la convocatoria 828 a 979 y 982 a 986 de 2018, 989, 1132 a 1134 y 1305 de 2019 - municipios priorizados para el posconflicto de 201, cargo perteneciente a la planta de la Alcaldía Distrital de Santa Marta bajo el número de inscripción 228915443 y actualizado recientemente el día sábado 19 de marzo de 2022.

Afirma que, el 11 de julio de 2021, fueron realizadas las pruebas escritas de competencias básicas, funcionales y comportamentales, obteniendo un resultado en las pruebas funcionales de 67.14 puntos y en las comportamentales de 86.67 puntos, para un puntaje total de 57.62, el cual le permitió continuar.

Expresa que se dio como plazo para las reclamaciones el término comprendido entre el 20 y el 24 de septiembre de 2021, a través del sistema SIMO ingresando con usuario y contraseña. Siendo presentada la reclamación oportunamente e identificada con el radicado 430275757, en la cual solicitó acceso al cuadernillo y hoja de respuestas de las pruebas escritas de competencias básicas, funcionales y comportamentales presentadas.

A continuación, se realizó la jornada de acceso a las pruebas escritas y se concedió como plazo para complementar la reclamación inicial los 2 días siguientes al acceso al material de pruebas, lo cual realizó al considerar que las preguntas números 5, 6 y 24 del cuestionario de la prueba de conocimientos presentaban varias respuestas correctas o se habían formulado de forma ambigua y por tanto solicitó su anulación.

El jueves 31 de marzo fueron publicadas las respuestas a las reclamaciones presentadas, indicando que la nulidad no era procedente, pues la clave asignada corresponde a la respuesta correcta y por lo tanto el resultado de confirmaba.

Considera que la reclamación debió ser reconocida a su favor y, en ese sentido hace, un recuento de las normas para concluir que las respuestas del examen no es la correcta y por tanto su solicitud era procedente, ya que influye en su calificación y el resultado final.

Por lo anterior, solicita se tutele su derecho fundamental al debido proceso administrativo y en consecuencial se suspendan los términos de la convocatoria, hasta que se resuelva de fondo su reclamación, se anulen las preguntas N° 5, 6 para todos los participantes o en su defecto tener como válidas las opciones de respuesta marcadas por él y que se corrija el puntaje del examen y se le ubique en la posición que corresponda en orden de méritos.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Mediante auto, de fecha 12 de abril de 2022, este Juzgado admitió el trámite de la referida acción de tutela, ordenando requerir a la entidad accionada para que en el lapso de veinticuatro (24) horas, contadas a partir del recibo de la respectiva comunicación, presentara un informe sobre los hechos y pretensiones de la demanda y así mismo allegara las pruebas que estimaran pertinentes.

De igual manera se ordenó vincular al trámite de la presente acción de amparo constitucional a la Alcaldía de Santa Marta y de los aspirantes de la convocatoria para proveer los empleos de vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía De Santa Marta - Magdalena proceso de selección No 920 de 2018 municipios priorizados para el posconflicto (MUNICIPIOS DE 1ª A 4ª CATEGORÍA), ordenando que la notificación de la admisión de la tutela a los aspirantes debería realizarla la accionada, a través de su página web y por el medio más idóneo, debiendo suministrar a los aspirantes, copia de la acción de tutela y del auto admisorio. A los vinculados, se les otorgó un plazo de veinticuatro (24) horas para sus descargos.

4. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS

4.1. Escuela Superior de Administración Pública.

La entidad manifestó que la reclamación presentada por el accionante fue respondida de fondo y coherente con lo solicitado, toda vez que se absolvió la reclamación las dudas relacionadas con la respuesta correcta o acertada a las preguntas cuestionadas, así como la justificación de la clave asignada, por lo que no puede hablarse de vulneración de derechos y en ese sentido debe declararse la improcedencia de la acción constitucional.

4.2. Comisión Nacional del Servicio Civil.

La Comisión Nacional del Servicio Civil afirmó que la acción constitucional es improcedente, pues no cumple con el requisito de subsidiariedad y no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Precisa que en el caso concreto la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, en su calidad de operador del proceso de selección, construyó las pruebas escritas, adelantó la logística necesaria para su aplicación y para el acceso al material de pruebas, proyectó las respuestas a las reclamaciones y adelantó la gestión necesaria para su publicación el aplicativo SIMO, el 31 de marzo de 2022; mientras que la CNSC adelantó acciones de acciones de vigilancia, control y seguimiento a dicha gestión, en el caso puntual de las respuestas a las reclamaciones, con un proceso de auditoría.

En su oportunidad se emitió una respuesta de fondo en relación a la solicitud de nulidad y por lo tanto indica que, contrariamente a lo que quiere dar a entender el accionante, no se ha actuado de forma caprichosa ni mucho menos arbitraria, sino que, por el contrario, se ha actuado con diligencia en estricto cumplimiento de los lineamientos constitucionales y legales que reglamentan la materia, razón por la cual se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela al no existir vulneración de derechos fundamentales.

4.3. Alcaldía de Santa Marta.

El Ente Territorial alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la competencia, funcional y legal, para responder la presunta vulneración de los derechos fundamentales deprecados, no corresponde a la Alcaldía Distrital, pues los hechos y pretensiones están dirigidos a una entidad diferente y, por tanto, solicita la desvinculación dentro del trámite constitucional.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Agencia Judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, y el decreto 2591 de 1991, para proferir fallo de primera instancia en el presente trámite de tutela de derechos fundamentales.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes expuestos, surge el siguiente cuestionamiento jurídico:

¿Es procedente una acción constitucional para cuestionar el acto administrativo que negó una reclamación dentro de la convocatoria en la que participa el accionante, cuando existen otros mecanismos legales idóneos para la persecución del mismo fin que se pretende con la acción tutela?

5.3. Tesis del Despacho

La tesis principal que sostendrá el Despacho es que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial que le permite lograr el mismo fin, sin que haya argumentado, y menos aún acreditado, la existencia de un perjuicio irremediable.

De igual forma esta Judicatura sostendrá que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al señor Armando Luis Barrios Mendoza, dado que el proceder de la accionada ha estado apegado a las directrices de la Convocatoria cuestionada.

5.4. Argumentos de la decisión

El constituyente de 1991 estableció, en el artículo 86 de la Carta Política de Colombia, la acción de tutela para garantizar a toda persona la protección inmediata y efectiva de sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción de cualquier autoridad pública o de determinados particulares.

El inciso tercero de la norma supralegal citada señala que el amparo sólo resulta viable cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, con lo cual se le asigna un carácter subsidiario o residual, salvo que la acción se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De lo expuesto se concluye que la acción de tutela procede solo para amparar derechos fundamentales y no otros de distinto rango; que es necesaria la carencia, por parte del afectado, de otro medio de defensa judicial para hacer cesar la amenaza o vulneración desplegada; y que, en relación con los particulares, resulta viable, únicamente, contra aquellos encargados de la prestación de un servicio o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el accionante se encuentra en estado de indefensión o subordinación.

Con reiteración, la jurisprudencia constitucional ha proclamado que la tutela reviste un carácter subsidiario y eventualmente accesorio. Dicho carácter brota espontáneamente de las propias voces empleadas por la norma de normas: "Esta acción sólo 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".

Esta característica significa que la procedencia de la tutela está sujeta, de manera inevitable, a que el afectado "con la acción u omisión de la autoridad" no disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, cuando ni la Constitución ni la ley hayan establecido expresamente a la acción u omisión violadora cualquier otro medio para su protección y, por consiguiente, no haya podido disponer de ellos.

Debe recalcar que, conforme a los lineamientos constitucionales, la acción de tutela es una garantía de defensa judicial supletoria a la defensa judicial común u ordinaria.

No cabe duda, de que se desnaturalizaría esa condición de garantía de defensa judicial supletoria a la de la defensa judicial común u ordinaria, si se da cabida a la tutela en eventos en que, habiéndose tenido, se han agotado algunos de esos medios de defensa judicial, o, teniéndose alguno de ellos, se encuentran pendientes.

Siendo, así las cosas, no procede la acción de tutela cuando se tiene la posibilidad de la protección ordinaria en relación con el derecho que se considera vulnerado o amenazado, ni cuando se tienen pendientes medios de defensa.

Con todo, ha de advertirse que hay un caso en que la acción de tutela es adicional y concurrente con el medio de defensa judicial de que se disponga. Ocurre esa eventualidad cuando, a pesar de tenerse otro medio de defensa judicial, se utilice la tutela como "mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

No está de más señalar que la Corte Constitucional declaró inexecutable la definición de perjuicio irremediable que traía el Art. 6, numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991, de suerte que, como esa Corporación lo precisó, corresponde al juez de tutela establecer, de acuerdo con las circunstancias fácticas de cada caso, cuándo existe perjuicio irremediable que permita la utilización de la tutela como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario de defensa de los derechos fundamentales.

En ese mismo sentido, pero ya específicamente respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos.¹ En este sentido, ha indicado que ante la existencia de otros medios de defensa judicial la acción de tutela por regla general no es procedente. Lo anterior, sustentado en lo dispuesto en el artículo 86 Constitucional que señala que 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*". Dicho mandato fue reiterado en el desarrollo normativo de la acción de tutela en el numeral 1° del artículo 6 del decreto 2591 de 1991².

De igual modo, ha indicado la Corte Constitucional, que la tutela no constituye un mecanismo o una instancia para definir aquellos conflictos que la ley ha establecido como competencia de otras jurisdicciones, dado que el ordenamiento jurídico dispone la existencia de jurisdicciones diferentes a la constitucional, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia; pero concretando, que las decisiones de todas las autoridades, incluidas por supuesto las judiciales, deben someterse al ordenamiento jurídico, dentro del cual los derechos fundamentales tienen un carácter esencial.³ En definitiva, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alterno o complementario⁴ y su procedencia está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.⁵

No obstante lo anterior, el máximo Tribunal Constitucional ha estipulado, que debido al objeto de la acción de tutela, esto es, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, al analizar su procedibilidad es necesario valorar en cada caso concreto su viabilidad o no, ya que no basta con la existencia del medio ordinario de defensa judicial, pues habrá que determinar si este es idóneo y eficaz, y, finalmente, la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales de las personas.⁶

En el primer caso, la tutela procede cuando un medio de defensa judicial no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales del accionante. La Corte Constitucional ha dilucidado, que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde

¹ Sentencia T-001 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

² Al respecto dispone esta norma que "[l]a acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

³ Sentencia T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencias C-543 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ Sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-858 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-179 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-510 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Consultar las sentencias T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

con el contenido del derecho.⁷ Respecto a la *eficacia*, se ha anunciado, que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado.⁸

De manera que, para determinar la concurrencia de estas dos características del mecanismo judicial ordinario, deben analizarse entre otros aspectos: los hechos de cada caso; si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela⁹; el tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite¹⁰; la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales¹¹; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance¹²; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario que exige una particular consideración de su situación¹³.

En lo que tiene que ver con la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha dispuesto que la tutela se torna viable y el amparo se otorga transitoriamente hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente. Para ello, el demandante del amparo deberá instaurar las acciones ordinarias correspondientes dentro de un término máximo de 4 meses a partir del fallo, lapso que se suspende con la presentación de la demanda ordinaria.¹⁴ En este caso, el término señalado es imperativo, y si el actor no cumple con la obligación señalada, el amparo pierde su vigencia.¹⁵ En estos términos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.¹⁶ En este tema la jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de un perjuicio irremediable:

- “(i) que se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;
- (ii) el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;
- (iii) se requieran de medidas **urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y
- (iv) las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”¹⁷

⁷ Ver entre otras las sentencias T-999 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, T-847 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-972 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-580 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-068 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-211 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Por su parte, Botero considera que un medio de defensa judicial *idóneo* es aquel que garantiza la definición del derecho controvertido y que en la práctica tiene la virtualidad de asegurar la protección del derecho violado o amenazado, o, en otros términos, es el camino adecuado para el logro de lo que se pretende. Cfr. Botero, Catalina, La acción de tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, P. 108.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-106 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-280 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara y T-847 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-425 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1121 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-021 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-514 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-211 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-858 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-160 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Nuevamente trayendo a colación el concepto de Botero, la autora sostiene que la *eficacia* está relacionada con que el medio judicial ordinario proteja de manera integral, vigorosa y oportuna el derecho fundamental que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley. Respecto a la diferencia entre idoneidad y eficacia, Botero sostiene que esta última *“está relacionada con la protección oportuna del derecho, mientras la idoneidad se refiere a la protección adecuada del mismo.”* Op. Cit. Botero, Catalina.

⁹ Ver sentencias T-414 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-822 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-068 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Ver sentencias T-778 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-979 de 2006 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-864 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-123 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Ver sentencias T-966 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-843 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-436 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-809 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-816 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-417 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹² Ver, entre otras, las sentencias T-512 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-039 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹³ Ver, entre otras, las sentencias T-656 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-435 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-768 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-651 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1012 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-573 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía, T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-289 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 8°: *“La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...) Si no la instaura cesarán los efectos de éste. (...)”*

¹⁵ Sentencias T-098 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-608 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-1062 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Ver sentencias T-278 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-1068 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-043 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷ Sentencias T-107 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-816 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1309 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

Ahora bien, en el caso de la procedibilidad de la acción de tutela en concursos de méritos la Corte Constitucional ha realizado algunas precisiones adicionales. En la sentencia SU-617 de 2013¹⁸, señaló que era necesario determinar si en el marco de un concurso la demanda radica sobre actos administrativos de trámite, pues estos simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.¹⁹ En ese mismo pronunciamiento precisó que el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011), determinó que por regla general los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, y que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien mediante alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. De manera que, contra dichos actos administrativos la acción de tutela solo procedería de manera excepcional, cuando el citado acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y cuando además se demuestre que resulta en una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

En la sentencia SU-553 de 2015²⁰, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró, que ha fijado (Sentencia T-090 de 2013²¹) dos *subreglas* para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos: "(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor."

En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.

5.5. Solución al problema jurídico y al caso en concreto

Revisada la actuación constitucional y los argumentos expuestos por las partes intervinientes, esta judicatura precisa que habrá de declarar la inviabilidad de la protección invocada, como quiera que, verificadas circunstancias fácticas y los medios de convicción obrantes en el expediente, deviene diáfana la falta del presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de amparo, como pasa a explicarse.

Nótese que el libelista utiliza la acción constitucional con la finalidad de cuestionar el acto administrativo a través del cual el Escuela Superior de Administración Pública negó una reclamación mediante la cual pretendía se anularan varias preguntas de la convocatoria para proveer los empleos de vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Santa Marta - Magdalena

Tal y como quedó claramente explicado con antelación, en situaciones como la acaecida, orientadas a controvertir la legalidad de un acto administrativo, le corresponde al interesado acudir inicialmente a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual permite la anulación del acto en caso de determinarse que fue expedido de forma irregular, o falsamente motivado, e igualmente el restablecimiento del derecho.

Asi mismo, se debe precisar que dentro del procedimiento administrativo se cuenta con la oportunidad de solicitar las medidas cautelares en aras de suspender los actos administrativos objeto de la litis contenciosa administrativa, de acuerdo con la previsión del precepto 229 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

¹⁸ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁹ Cfr. SU-617 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

²⁰ M.P. Mauricio González Cuervo.

²¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese sentido el actor cuenta con otros medios de defensa ante la enunciada jurisdicción para debatir lo atinente a la legalidad del acto administrativo mencionado, siempre y cuando cumpla con los requisitos de la vía pertinente, lo cual denota la idoneidad de la herramienta judicial para garantizar los derechos del accionante y establece la improcedencia de la acción constitucional.

De otro lado, sobre la posibilidad de conceder la protección constitucional para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, este despacho no encuentra que se hubieren configurado las mínimas exigencias que lo hagan posible, pues, en el caso *sub examine* el tutelante no demostró la existencia de un daño que revista la gravedad y urgencia que habilite la intervención del juez de tutela, pues se limitó a cuestionar los argumentos del acto administrativo con el que se encuentra inconforme.

En todo caso el Juez administrativo tiene herramientas idóneas y eficaces para evitar que los derechos fundamentales del actor se conculquen tales como las medidas cautelares innominadas.

En tal virtud, al no cumplirse con el requisito de la subsidiariedad, se impone declarar la improcedencia de la tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL CIRCUITO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE SANTA MARTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Negar, por improcedente, la acción de tutela instaurada por Armando Luis Barrios Mendoza, en nombre propio, contra la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Por conducto del Centro de Servicios Administrativos de estos Juzgados efectúense las correspondientes notificaciones.

TERCERO. Se precisa que la notificación de los aspirantes, para proveer los empleos de vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía De Santa Marta - Magdalena Proceso de selección No 920 de 2018 municipios priorizados para el pos conflicto (MUNICIPIOS DE 1ª A 4ª CATEGORIA), se hará a través de la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

CUARTO. En caso de no ser impugnado este fallo, remítase dentro de la oportunidad legal a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁNGEL AUGUSTO MONROY RODRÍGUEZ
Juez