

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL

### JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

### CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE SANTA MARTA

Santa Marta, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Rad: 47001-3109-003-2022-00029-00

### ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela invocada por el señor **DEIBIS YESID CASTAÑERA BARRERA**, quien procura obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, entre otros, que considera le están siendo vulnerados por la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, la ESAP, la PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y la ALCALDIA DE SANTA MARTA**, fundamentando su acción en los siguientes

### HECHOS

Relató el accionante que mediante acuerdo No. CNSC 20181000008216 del 7 de diciembre de 2018, motivada por el Decreto ley 893 de 2017 se dio inicio a la convocatoria dentro de las fechas y conforme a los protocolos establecidos por el Proceso de Selección en el cual se inscribió como participante en el proceso para la OPEC 73885, presentando la prueba el día y hora señalada el día 11 de julio de 2021, pero al realizar el examen notó múltiples errores.

Señaló que al momento en que se publicaron las calificaciones obtuvo una nota de 44.28, lo cual lo dejó fuera del examen dado que no cumplía con el puntaje mínimo aprobatorio de 60 puntos.

Añadió que procedió a realizar la respectiva reclamación solicitando ver las preguntas y respuestas, y que una vez se realizó la exhibición de las pruebas, evidenció diversos errores, por lo cual presentó reclamación contra el examen.

Apuntó que el 31 de marzo de 2022, recibió respuesta a su reclamación en la cual la ESAP no realizó ninguna corrección en su nota y que los fundamentos de la respuesta fueron de manera incoherente, no sustentó las preguntas que no hacían parte de su eje temático o funciones del cargo para el cual se postuló como profesional universitario, código 219, grado 04, dado que el examen no fue funcional, debido a que muchas preguntas no tienen relación con el manual de funciones Resolución 1099 del 21 de septiembre de 2017.

Seguidamente hizo alusión a cada una de las preguntas que estima no debieron formularse al no tener relación con el cargo o que a su parecer resultan ambiguas o mal formuladas y apuntó que no se trata de simples errores en dos o tres preguntas sino múltiples errores hasta alcanzar el número de 21 preguntas, sin considerar que su análisis no pudo ampliarse detenidamente sobre el total de las preguntas, con lo cual surge la duda razonable que las equivocaciones se hayan presentado en un número mayor de los que ha podido advertir.

Finalmente, afirmó que los errores ponen en tela de juicio la idoneidad de la prueba escrita de la OPEC 73885.

## **PRETENSIONES**

El tutelante solicitó que se amparen sus derechos fundamentales del debido proceso, igualdad, trabajo e ingreso y acceso y ejercicio de

cargo públicos de carrera administrativa por concurso de méritos. Además, requirió que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil iniciar acciones encaminadas a investigar si en el cuadernillo elaborado por la Universidad ESAP correspondiente a la OPEC 73885 se presenta suficiente número de preguntas erradas frente al propósito y funciones del cargo ofertado para darse la situación de repetir dicha prueba.

De otro lado, peticionó que en concordancia con el resultado de lo anterior se ordene a la CNSC adelantar las correcciones necesarias para que se vuelva a aplicar la prueba de competencias funcionales OPEC 73885 o se determine una justa solución frente a las fallas expuestas y los hechos violatorios de derechos fundamentales, que se solicite el cuadernillo de pruebas básicas y funcionales de acuerdo con la norma Ley 1755 de 2015 artículo 27 y se nombre un tercero que verifique la conducencia de la prueba, funcionalidad y si son correctas las respuestas que señaló en la presente acción como erróneas.

## **PRUEBAS**

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de tutela, se encuentran como pruebas relevantes las arrimadas por las partes al legajo tutelar.

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

Este Despacho mediante auto emitido el 3 de mayo de 2022 admitió la presente acción de tutela y dispuso notificar e impartir traslado de la demanda a la accionada para que rindiera un informe detallado acerca de los hechos relatados por el accionante en su libelo, concediéndole un término de dos (2) días hábiles a partir del recibo de la comunicación. Igualmente, se ordenó la vinculación al cursante rito a los aspirantes de la convocatoria Acuerdo CNSC

20181000008216 de 7 diciembre de 2018 - OPEC 73672, como quiera que forzosamente les asiste interés directo en el trámite y las resultas de esta acción constitucional. Ordenar a la Comisión Nacional Del Servicio Civil y a la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP insertar en sus páginas Web este proveído, así como el oficio y el traslado de la demanda, para efectos de la notificación de las personas indeterminadas que se encuentren como aspirantes de la Convocatoria Acuerdo CNSC 20181000008216 de 7 diciembre de 2018 - OPEC 73672. Las intervenciones se recibirán en el correo electrónico institucional de este despacho [j03pcsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03pcsmta@cendoj.ramajudicial.gov.co).

No existiendo otra actuación relevante que acotar, se procede a decidir previas las siguientes

## **CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **COMPETENCIA**

Es competente esta Agencia judicial para conocer de la presente acción de tutela, dada la naturaleza jurídica de las entidades accionadas.

### **LEGITIMACIÓN POR ACTIVA**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados.

En el asunto *sub-examine*, este Despacho advierte que el señor **DEIBIS YESID CASTAÑEDA BARRERA** actúa en defensa de los

derechos e intereses propios, por lo que se encuentra legitimado por activa dentro de la presente acción de tutela.

### **LEGITIMACIÓN POR PASIVA**

De acuerdo con el Decreto 2591 de 1991, la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, la PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y la ALCALDIA DISTRITAL** se encuentran legitimadas como parte pasiva de la presente demanda, dada su naturaleza jurídica y la potencialidad de causar la violación de los derechos invocados.

### **PROCEDIBILIDAD**

La acción de tutela se ha previsto como un instrumento para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales y es por supuesto, el mecanismo por excelencia para obtener de las autoridades públicas la respuesta adecuada y oportuna a las peticiones que les hayan sido presentadas, cuando éstas han incumplido su deber constitucional.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a este funcionario judicial en sede de tutela determinar si ¿Han vulnerado las entidades tuteladas los derechos fundamentales alegados por el accionante? Para resolver el interrogante formulado este Despacho realizará un breve marco conceptual sobre el derecho de petición, luego sobre el principio de subsidiariedad de la acción tuitiva y lineamientos jurisprudenciales sobre la procedencia de ésta contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos para finalmente, descender al caso concreto.

El reconocimiento constitucional del Derecho de petición se encuentra en el artículo 23, que en su tenor reza:

*“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.*

En virtud a este concepto, tanto las autoridades como los particulares, están en la obligación de dar una pronta respuesta a las peticiones formuladas por cualquier persona, según los parámetros establecidos por el legislador, la cual deberá resolver de fondo lo pretendido. En este sentido, el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

En relación con el derecho fundamental de petición, el Máximo Tribunal Constitucional ha reiterado su concepto sobre la materia en fallo T- 237 de 2016 apuntó:

*“En este sentido, la Sentencia T-377 de 2000<sup>1</sup> analizó el derecho de petición y estableció nueve características del mismo, las cuales se citan a continuación:*

*“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición **reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.** c) **La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario.** Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni*

---

<sup>1</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero

*tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente. g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta” (Negrita fuera del texto).*

De lo apuntado anteriormente puede colegirse entonces, que la vulneración del derecho en mención se configura por la negativa de un agente de presentar en un tiempo razonable respuesta de fondo, clara, oportuna y por no comunicar la respectiva decisión al potente. Por lo que, las respuestas evasivas o abstractas quedan proscritas pues, aunque ésta no necesariamente debe ser favorable al peticionario si debe conllevar un estudio concienzudo del agente de acuerdo con su competencia. De tal forma, que no queda a merced de las entidades resolver en el tiempo las solicitudes que eleven los ciudadanos sobre el asunto, sino que es su deber atenderlas

conforme a los términos, directrices legales y jurisprudenciales que se han dispuesto al respecto a fin de que no resulten conculcados los derechos fundamentales de éstos.

De otro lado, sobre el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de amparo indicó la Guardiana de la Constitución en Sentencia T- 647 de 2015:

**“4.1.** De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación<sup>[6]</sup>, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*. Esta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. Las normas en comento disponen:

*CONSTITUCIÓN POLÍTICA.*

*ARTÍCULO 86.*

*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.*

*(...)*

*Esta 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. (...)*

*DECRETO 2591 DE 1991*

*ARTÍCULO 6°. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA.*

*La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)*

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, esta Corte ha precisado:

*Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela,<sup>[7]</sup> se ha sostenido que aquella es*

*improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.* [\[8\]](#)

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte ha indicado:

*Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.* [\[9\]](#)

**4.2.** Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, esta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: **(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

**4.3.** La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio<sup>[\[10\]](#)</sup> ha de ser *inminente*, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

Atendiendo a lo mencionado y con el fin de determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, esta Corporación<sup>[11]</sup> ha depurado algunos elementos que se deben tener en cuenta, a saber:

A). El perjuicio ha de ser **inminente**: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz

*por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.*

*La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral. [\[12\]](#)*

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

*En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable [\[13\]](#).*

*La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión” (Sentencia T-290 de 2005). [\[14\]](#)*

**4.4.** En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, *comoquiera que este se*

*encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente”.*

Y específicamente, sobre la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos señaló en la sentencia T-049 de 11/02/2019, que la acción de amparo, en principio, no procede para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, salvo en los siguientes casos:

*“Cuando la persona afectada no tenga mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional.*

*Cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción”*

De cara a lo anotado inmediatamente y respecto de los hechos que fundamentan la presente acción tuitiva, debe traerse a colación que el artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. De manera que consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Ahora, se tiene que el tutelante deprecó la protección de su derecho fundamental de acceso a cargos públicos y al respecto el canon 40, numeral 7° de nuestra Carta Política señala que *“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder*

*político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse”.* Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que, el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad. En consonancia con lo anterior, el artículo 125 del compendio en mención establece que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.* En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

### **CASO CONCRETO.**

Descendiendo al sub examine, se tiene que en el presente caso el tutelante invocó la protección constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, acceso al ejercicio de cargos públicos y al trabajo por las presuntas irregularidades que aduce se suscitaron en las pruebas llevadas a cabo por parte de dichas accionadas al interior del concurso de méritos realizado y por lo cual, pretende que mediante este mecanismo constitucional se dispongan las investigaciones del cuadernillo contentivo de las preguntas, a modo de establecer si los yerros que allí se encuentren dan lugar a la repetición de la prueba y conforme a ello se ordene adelantar las correcciones y volver a aplicar dicho examen.

Frente a tales afirmaciones, las entidades accionadas describieron el traslado de ley, anotando la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**- que la presente acción constitucional carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente debido a que dicha censura recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo y las normas que lo regulan, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo. Añadió que en el presente caso no se demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama y no existió el perjuicio irremediable en relación en controvertir la aplicación de pruebas escritas del proceso de selección No. 910 de 2018 – Municipios Priorizados para el Post Conflicto (Municipios de 1° a 5° Categoría). Apuntó que los acuerdos expedidos en el marco de la Convocatoria son la normas reguladoras del proceso de selección por ende, obligan tanto a la administración como al operador encargado de la realización del concurso y a los participantes. Indicó que en lo referente a la reclamación elevada por el demandante, ésta fue resuelta el 31 de marzo de 2022 y se publicó en el aplicativo Simo. Agregó, que la 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 llevó a cabo la gestión necesaria para su publicación en el aplicativo. Apuntó que la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó acciones de vigilancia, control y seguimiento a la gestión de la ESAP en el caso puntual de las respuestas a las reclamaciones mediante un proceso de auditoría.

La **ALCALDIA DISTRITAL DE SANTA MARTA – MAGDALENA** al describir el traslado de ley manifestó que examinando los hechos narrados en la presente acción de tutela no resulta que la entidad sea responsable de la vulneración de derechos fundamentales del accionante, y los hechos no guardan relación con las pretensiones atendiendo a que no existe prueba que permita demostrar lo contrario.

Añadió que esta acción constitucional carece de fundamento debido a que por parte del ente territorial fue contestada de fondo su solicitud, por tanto, la presente acción carece de objeto debido a que el hecho que dio origen a la acción de tutela y que puso en peligro el derecho implorado ya fue reparado, por tanto, no es pertinente que el Juez ampare un derecho ya restaurado.

La **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP** señaló que remitió una respuesta al tutelante mediante comunicación adiada 17 de febrero de 2022 y manifestó que éste se encuentra inscrito como aspirante a las vacantes ofertadas por el municipio de Santa Marta – Magdalena (Municipio de categoría 1° a 4°), y realizó el examen correspondiente cuyos resultados se publicaron el 17 de septiembre de 2021 a través de la plataforma Simo, arrojando un puntaje de 44,28 en la prueba básica funcional, el cual al aplicar las ponderaciones respectivas corresponde integralmente con el publicado por la CNSC. Apuntó que los aspirantes contaron con la oportunidad de realizar reclamaciones al resultado entre el 20 y 24 de septiembre de 2021, y en desarrollo de ello el accionante elevó reclamación la cual fu resuelta el día 31 de marzo de 2022 y publicada a través de la plataforma Simo. Señaló que la queja del actor se fundamenta en considerar que la respuesta a su requerimiento se encuentra sin sustento, incoherentes y poco razonables y no están de acuerdo con esto en razón a que su respuesta es completa, de fondo y coherente con lo solicitado por el mismo dado que absolvieron las dudas relacionadas con la construcción y la redacción de los ítems específicos cuestionados en su reclamación, así como su pertinencia y la relación que guardan con los ejes temáticos y las funciones del cargo a proveer. En consonancia con lo anterior, se brindó información acerca del proceso de elaboración de las pruebas y de los diferentes procesos de validación y verificación, para garantizar la inexistencia de errores en ésta y su idoneidad para evaluar las competencias para la vacante ofertada.

Finalmente, la **PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA** efectuó un pronunciamiento respecto a cada uno de los hechos señalados y alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó respetuosamente que se desvincule a la Presidencia de la República y/o al señor Presidente de la República cualquiera fuere el sentido de la sentencia; o en su defecto, requirió se declare improcedente el amparo solicitado, toda vez que no existe ningún hecho u omisión atribuible a Presidencia de la República y/o al señor Presidente de la República, frente a quien pueda predicarse una afectación de los derechos fundamentales invocados.

Adentrándonos al sub examine, tenemos que el señor Deibis Castañeda formuló la cursante acción tuitiva por la presunta vulneración de sus prerrogativas fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso al ejercicio de cargos públicos alegando presuntas irregularidades en las pruebas llevadas a cabo por parte de la ESAP y la Comisión Nacional del Servicio Civil al interior del concurso de méritos promovido por la última y por lo cual, pretende que mediante este mecanismo se dispongan las investigaciones del cuadernillo contentivo de las preguntas, a fin de establecer si los yerros que allí se encuentren dan lugar a la repetición de la prueba aplicada y conforme a lo anterior, se disponga la realización de las correcciones y la realización nuevamente de dicho examen.

Dentro de las pruebas obrantes en el expediente figura la petición elevada por el tutelante ante la CNSC y la ESAP en la cual sustenta su reclamación contra la prueba escrita y funcional aplicada especificando claramente los números de las preguntas cuestionadas y los motivos de su inconformidad frente a cada una y solicita además que las mismas sean sustraídas o dejadas sin efecto; igualmente, milita la contestación emitida por las accionadas a dicho requerimiento. Por lo anterior, resulta del caso entrar a confrontar tanto la solicitud incoada como la contestación emitida a fin de poder determinar la existencia o no de la figura jurídica invocada.

Al respecto, se tiene que la entidad demandada emitió respuesta por medio el radicado de entrada 430296006 del 17 de febrero de 2022 y en ésta se observa que efectuó un pronunciamiento en lo atinente a las dudas relacionadas con la construcción y la redacción de los ítems específicos cuestionados en su reclamación, así como su pertinencia y la relación que guardan con los ejes temáticos y las funciones del cargo a proveer. Además, se examina que brindó información acerca del proceso de elaboración de las pruebas y de los diferentes procesos de validación y verificación para garantizar la inexistencia de errores en ésta y su idoneidad para evaluar las competencias para la vacante ofertada. De tal forma, que es dable colegir que dicha resolución ha sido clara, congruente y de fondo y su derecho de petición no se tiene por vulnerado, por lo que no hay lugar a su amparo.

Ahora bien, decantado lo anterior encuentra esta Agencia Judicial que las actuaciones de las entidades accionadas están enmarcadas bajo la calidad de actos administrativos, lo que claramente le abre un abanico de posibilidades al actor para hacer valer sus derechos y controvertir los procedimientos o decisiones proferidas tanto por la ESAP como por la Comisión Nacional del Servicio Civil, y bajo este supuesto aparece una clara falta de competencia por parte de este Juez Constitucional, por cuanto el asunto a dirimir excede la órbita de su competencia al recaer sobre la justicia contenciosa administrativa dada la calidad y las características de las decisiones que adoptaron las entidades accionadas y el abordar su análisis de fondo desnaturaliza la esencia subsidiaria y residual de la acción tuitiva.

Así, este Funcionario Judicial llega a la certeza que la acción de amparo no resulta procedente para atender las pretensiones que motivaron al tutelante a reclamar protección constitucional, pues tal como señalaron las accionadas, la presente demanda adolece del requisito de subsidiaridad en tanto el reclamante dispone de otros medios de defensa como el anotado en precedencia, a través de los cuales puede procurar la protección de los derechos fundamentales

que estima se le han vulnerado y no acreditó su cabal agotamiento de forma previa ni que el acudir a éstos pudiera ocasionarle un perjuicio irremediable.

Y en este último aspecto es menester acotar que la tutela de las prerrogativas imploradas no es viable tampoco como mecanismo transitorio, debido a que no se demostró que estemos frente al posible acaecimiento de un daño irremediable, como propone el demandante, dado que el mismo debe revestir cierta gravedad e inminencia más allá de lo puramente eventual, y que solo pueda evitarse con medidas urgentes e impostergables propias de la acción de tutela.

Así las cosas, deviene de lo antes anotado que el tutelante no ha hecho uso de los mecanismos establecidos por el legislador para la defensa de sus derechos y como se anotó líneas arriba, la acción tuitiva es de naturaleza subsidiaria, requisito que establece que esta acción solo resulta procedente ante la falta de una vía judicial idónea y eficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados, o que existiendo otra vía judicial se acuda a la tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y en este caso existen mecanismos ordinarios de defensa judicial frente a los cuales no se debatió su eficacia o idoneidad para la salvaguarda de los derechos que consideraba trasgredidos el actor y mucho menos se pudo vislumbrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente el amparo como mecanismo transitorio, situación que impide la intervención de este Juez de Tutela.

En consecuencia y conforme a lo discurrido hasta este estadio, es del caso declarar improcedente el amparo requerido con base en los argumentos expuestos.

Por lo anterior expuesto, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Administrando justicia en Nombre del Pueblo y por mandato Constitucional,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela seguida por DEIBIS YESID CASTAÑEDA BARRERA en contra de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, la ESAP, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y la ALCALDIA DE SANTA MARTA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** El presente fallo podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación al correo electrónico de este Despacho Judicial, si no fuere impugnado, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TERCERO: ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Escuela Superior de Administración Pública, insertar en sus páginas web o notificar por el medio más expedito este proveído y el oficio que lo comunica, para efectos de la notificación de las personas indeterminadas que se encuentren como aspirantes de la convocatoria Acuerdo CNSC 20181000008216 del 7 de diciembre de 2018, motivada por el decreto ley 893 de 2017 - la Opec 73885, dentro de las doce (12) horas siguientes a la notificación de esta providencia.

**CUARTA:** Notifíquese esta decisión por el medio más expedito.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



JAIRO RAFAEL VILLALBA DE ÁNGEL  
Juez