

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA SALA PENAL

Magistrado Ponente:	CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA
Procedencia:	Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta
Radicación:	47001310900120240001601
Rad- Tribunal:	302-24
Accionante:	Berna Mariuska Mola Bandera
Accionado:	Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación – UT Convocatoria FGN 2022 y la Universidad Libre de Colombia
Derecho:	Debido proceso y otros
Motivo:	Impugnación de tutela
Decisión:	Revocar y declarar improcedente
Aprobado en Acta:	083
Fecha:	27 de mayo de 2024

I. ASUNTO

1.1. Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por tres ciudadanos vinculados, contra el fallo de tutela que en primera instancia profirió el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta el 18 de marzo de 2024, mediante el cual concedió el amparo deprecado por la señora BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA contra la COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – UT CONVOCATORIA FGN 2022 y la UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA.

1.2. Al antedicho trámite se vinculó a la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE SANTA MARTA y a todos los ASPIRANTES AL CARGO DE FISCAL DELEGADO ANTE JUECES PENALES DEL CIRCUITO CON CÓDIGO DE OPECE I-102-01-(124).

II. HECHOS

2.1. Hizo saber la promotora que participó del concurso de méritos FGN 2022, regulado por el Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023, a través del cual se busca proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades de ascenso e ingreso, en la planta de

personal de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera.

2.2. Mencionó que en el contexto del citado concurso aspiró al cargo de Fiscal delegado ante los Jueces Penales del Circuito OPECE I-102-01-(134); que aportó todos los documentos exigidos; que canceló los costos de inscripción; y en general, asumió todas las cargas que le correspondían. Añadió que el 15 de agosto de 2023 los organizadores del proceso de selección publicaron los resultados definitivos de la etapa de verificación del cumplimiento de requisitos mínimos y condiciones de participación –VRMCP-; que obtuvo resultados satisfactorios; que fue formalmente admitida en el proceso; que se le citó para realizar las pruebas de conocimiento el 10 de septiembre pasado y; que las superó.

2.3. Indicó que la UT Convocatoria FGN 2022, mediante auto No. 320 del 28 de noviembre de 2023 dispuso iniciar una actuación administrativa tendiente a establecer nuevamente, el cumplimiento de sus requisitos mínimos y condiciones de participación en el proceso, como quiera que el documento que certificaba su experiencia laboral en la Rama Judicial no cumplía las prescripciones del acuerdo que regula el proceso de selección; específicamente, por no tener firma de quien lo expidió.

2.4. Refirió haber cuestionado el precitado auto, indicándole a la accionada que el documento aportado era auténtico y que certificaba fidedignamente el periodo en que ha estado al servicio de la Rama Judicial; manifestación que apoyó en un certificado expedido por la Dirección Seccional de Administración Judicial el 13 de diciembre pasado.

2.5. Manifestó que la encartada no acogió sus consideraciones y pruebas, y mediante Resolución No. 320 del 3 de enero hogaño culminó la actuación administrativa excluyéndola del proceso de selección FGN 2022. Agregó haber impugnado la aludida determinación en sede de reposición, pero la accionada mediante Resolución No. 477 del 26 de enero de los cursantes decidió no reponer su decisión.

2.6. Explicó que el documento cuestionado por la accionada es un certificado expedido por el sistema "EFINOMINA"; plataforma digital con la que cuenta el Consejo Superior de la Judicatura para los trámites en línea como certificaciones laborales y de tiempo de servicio completo, verificables electrónicamente en el mismo portal. Indicó que su certificado tiene el número de verificación No. 10540 del 17 de abril de 2023, amén que su contenido puede constatarse telefónicamente al abonado 954211551 de la Dirección

de Talento Humano de la Rama Judicial; información que contiene el aludido documento en su parte final.

2.7. Indicó que la decisión que la excluyó del proceso de selección FGN 2022 es arbitraria, en la medida que corresponde a una indebida interpretación de las normas que rigen el concurso y los documentos que adosó al momento de inscribirse.

2.8. Las anteriores circunstancias, a juicio de la promotora, constituyen una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, confianza legítima, mérito, igualdad y otros, de modo que solicitó la concesión del amparo invocado y que se dispusiera:

[...] Con base en lo anterior se ordene a la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA UT CONVOCATORIA FGN 2022, tenga y valore como documento veraz y autentico la certificación expedida por la plataforma EFINOMINA y aportada como documento para probar mi experiencia al interior de la Rama Judicial. Así como también, que se valore el documento aportado en la actuación administrativa por medio del cual se pretendía reafirmar la autenticidad del documento que se aportó al momento de la inscripción al cargo.

Ordenar a la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA UT CONVOCATORIA FGN 2022, bajo los principios de Publicidad, legalidad, Buena fe, debido proceso, confianza legítima, igualdad y transparencia, tenerme como restablecer mi estado de ADMITIDO al concurso en cita y, en consecuencia, dejar sin efectos el acto que me excluyo del mismo, permitiéndome continuar en el proceso de selección. Y proceda a realizar la VALORACIÓN DE ANTECEDENTES. [...]

III. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

3.1. El Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta, mediante fallo adiado 18 de marzo de 2024 concedió el amparo deprecado por MOLA BANDERA en los siguientes términos:

[...] PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso cargos públicos de la ciudadana BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA y consecuentemente ORDENAR a COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - UT CONVOCATORIA FGN 2022 CONCURSO DE MÉRITOS FGN 2022, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a dejar sin efectos los actos administrativos de tener por no valida la certificación laboral aportada por la señora BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA, proveniente de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial, para demostrar el cumplimiento del requisito de experiencia respecto al cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES PENALES DE CIRCUITO, con código de OPECE I-102-01-(134) y proceda a tener como valido el

documento aportado para acreditar su experiencia laboral y por tanto sea readmitida en la convocatoria correspondiente, por los motivos expuestos en la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIVERSIDAD LIBRE y a la UT CONVOCATORIA FGN 2022 CONCURSO DE MÉRITOS FGN 2022, se sirvan notificar a través de sus correos electrónicos y publicación en la página web de las entidades, la presente sentencia a los participantes del Proceso de Selección FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN 2022, que aspiraron al cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES PENALES DE CIRCUITO, con código de OPECE I102-01-(134). [...]

3.2. Previo a proveer, el *a quo* advirtió que el estudio de fondo de la actuación era procedente en la medida que el escenario de acontecimientos propuesto por la demandante es de marcada relevancia constitucional, por lo que los mecanismos ordinarios de defensa que ofrece la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son ni idóneos ni eficaces; amén que a través del *sub lite* no se cuestiona la legalidad del acto administrativo que la excluyó del proceso de selección FGN 2022, sino la equivocada y transgresora interpretación que se dio al Acuerdo que regula el concurso de méritos, de cara a uno de los documentos aportados por MOLA BANDERA al inscribirse, privilegiando las formas sobre lo sustancial. Añadió que la Corte Constitucional ha patrocinado el estudio de fondo de acciones de tutela que se formulen en el contexto de procesos de selección en los que no ha sido expedida lista de elegibles, tal como ocurre en el caso de marras.

3.3. Luego de rebasar el tamiz de la procedencia, consideró que la interpretación que acogió la UT CONVOCATORIA FGN 2022 para excluir a MOLA BANDERA, relacionada con que el certificado de experiencia laboral en la Rama Judicial que adosó al inscribirse debía tener la firma de quien lo expidió, es una interpretación formalista que no compagina con la Constitución.

3.4. Mencionó que la experiencia de MOLA BANDERA por 15 años en la Rama Judicial es innegable, pues de ello da cuenta el cuestionado certificado y el cúmulo de pruebas arrimadas a la actuación de marras.

3.5. Consideró que la certificación presentada por la actora al inscribirse en el ya conocido concurso, si bien no tiene firma de una persona natural, es idónea para acreditar la experiencia laboral de un servidor de la Rama Judicial dado que en él, se hace constar la experiencia de la demandante, admitiendo su verificación a través de la numeración No. 10540, un número de conmutador y una dirección física; amén que presenta marcas,

improntas y señales físicas y/o electrónicas que permiten establecer su origen y procedencia.

3.6. Cuestionó que las accionadas, en lugar de corroborar la información que MOLA BANDERA les puso de presente a través de la ya referida certificación, iniciaran un proceso administrativo que se extendió por largo tiempo y que desconoció las prerrogativas superiores de la demandante.

3.7. Concluyó indicando que resultaba "[...] *inadmisibile desde un enfoque constitucional la actuación de la accionada y representa una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso cargos públicos, por lo que se concederá el amparo constitucional y se dispondrá que la UT CONVOCATORIA FGN 2022 CONCURSO DE MÉRITOS FGN 2022 proceda a tener como valido el documento aportado por BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA para acreditar su experiencia laboral y por tanto sea readmitida en la convocatoria correspondiente.*"

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

4.1. Inconformes con la decisión adoptada en primera instancia, los ciudadanos Leonardo Díaz, Jaime Andrés Salazar Ramírez y Alexander León, en su condición de vinculados y participantes del proceso de selección FGN 2022 para el cargo de Fiscal delegado ante Jueces del Circuito - OPECE I-102-01-(124), la impugnaron en los siguientes términos:

4.2. El señor **Leonardo Díaz** se limitó a manifestar que impugnada la decisión sin sustentar su inconformidad.

4.3. **Jaime Andrés Salazar Ramírez** insistió en las consideraciones que vertió durante el trámite tutelar, relacionadas con que el recurso de amparo formulado por MOLA BANDERA insatisface el requisito de procedencia relacionado con la subsidiariedad, en la medida que los actos administrativos que censura a través del *sub examine* pueden ser confutados a través del ejercicio de medios de control ante los Jueces de lo Contencioso Administrativo.

4.3.1. En todo caso, refirió que la accionante al momento de inscribirse en el concurso de méritos FGN 2022 debió hacerse con la certificación firmada que si adosó al trámite de

tutela, a efectos de acatar las normas que desde sus inicios, regulaban el concurso de méritos.

4.4. El ciudadano **Miguel Alexander León** advirtió que consistentes han sido los pronunciamientos judiciales en torno a acciones de tutela análogas a la de marras en proveer la improcedencia de los trámites por la insatisfacción del requisito de procedencia relacionado con la subsidiariedad. Mencionó que en algunas oportunidades se ha llegado a analizar de fondo la controversia y se ha dispuesto la negación del amparo, como quiera que la inobservancia de las directrices fijadas en el Acuerdo que reglamenta la convocatoria FGN 2022, habilita la exclusión de los participantes que las desatiendan.

4.4.1. En cuanto a la decisión del *a quo*, consideró que la manifestación relacionada con que exigir el estricto cumplimiento de las directrices fijadas en el Acuerdo que regula el concurso FGN 2022 constituye un "formalismo extremo", es errónea y patrocina que se desatienda el marco del proceso de selección. Cuestionó que otros funcionarios de la Rama Judicial si hayan podido aportar sus documentos de inscripción conforme lo exigía el Acuerdo del concurso y la accionante no; que los razonamientos del *a quo* habilitan que cualquier persona que haya adosado documentos defectuosos en su inscripción y luego haya sido excluida, solicite su reincorporación al trámite y; que la decisión confutada se justificó en corroboraciones documentales que no pudieron hacerse con la accionada en el curso del proceso de selección, dada los yerros que presentaban los documentos radicados por MOLA BANDERA.

V. CONSIDERACIONES

5.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

5.1.1. Del trámite tutelar y de la impugnación presentada por el extremo accionado, la Sala advierte, que se pretende la revocatoria del fallo emitido en primera instancia por uno que declare la improcedencia de la acción de tutela, dada la insatisfacción del requisito de procedencia relacionado con la subsidiariedad.

5.1.2. En subsidio, los impugnantes solicitan que de estudiarse de fondo el asunto se deniegue el amparo, como quiera que el Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023 "*Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la*

Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera” prevé pautas de forzoso acatamiento, que la señora MOLA BANDERA no satisfizo al momento de inscribirse al precitado proceso de selección.

5.2. PREGUNTA PROBLEMA

5.2.1. Del anterior planteamiento, surgen los siguientes problemas jurídicos por resolver:

i) ¿Satisface la acción de tutela promovida por MOLA BANDERA el requisito de procedencia relacionado con la subsidiariedad?; y, en consecuencia, **ii)** ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la decisión venida en alzada?

5.2.2. Lo siguientes son los argumentos que soportan la resolución de los antedichos problemas jurídicos:

5.3. DE LA SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

5.3.1. Previo a resolver el problema jurídico que nos concita, conviene advertir que los impugnantes, pese a no figurar como accionados en el libelo inaugural, están legitimados para controvertir la decisión de primera instancia, como quiera que existe en ellos interés legítimo para hacerlo en la medida que los efectos del fallo pueden vulnerar derechos igualmente susceptibles de protección, de los que son titulares. Lo anterior, conforme pacífica posición jurisprudencial de la Corte Constitucional¹ y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia².

5.3.2. Aclarado lo anterior, el Tribunal anticipa, en contraposición a las consideraciones *a quo*, que la acción de tutela formulada por la señora MOLA BANDERA contra la COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – UT CONVOCATORIA FGN 2022 y la UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA es improcedente al no satisfacer el requisito de la subsidiariedad que pacífica e igualitariamente la Corte Constitucional ha exigido para proceder con el estudio de fondo de las acciones de tutela.

5.3.3. Relieva la Sala que la acción de tutela es un mecanismo constitucional al cual se puede acudir cuando se consideren vulnerados o amenazados los derechos fundamentales, pero que la misma no puede ejercerse de manera arbitraria, toda vez que

¹ CC A051/96

² CSJ STP8700-2018

se deben reunir una serie de requisitos dentro de los cuales se encuentra la subsidiariedad de la acción.

5.3.4. Sobre el requisito de subsidiariedad la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el presupuesto de subsidiariedad debe ser analizado en cada caso concreto. En los eventos en los que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican la procedibilidad de la tutela:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**. [...]³.

5.3.5. De lo anterior, es pertinente tener en cuenta que, la jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Constitución Política, que la acción de tutela goza de un carácter residual y subsidiario, por lo que la misma puede impetrarse cuando se esté frente a la vulneración de las prerrogativas constitucionales siempre y cuando no exista otro medio que resulte oportuno para solucionar el conflicto o cuando se requiera impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.3.6. En el presente caso, tenemos que la señora MOLA BANDERA solicitó a la Judicatura que en defensa de sus prerrogativas superiores, dejara sin efectos todos los actos administrativos por los cuales se dispuso su exclusión del proceso de selección FGN 2022. Lo anterior, fundada en que haber aportado una certificación de experiencia laboral de la Rama Judicial descargada del portal *EFINOMINA*, sin rúbrica del servidor que la expidió, no constituye, como si lo entendieron las accionadas, un incumplimiento de las condiciones de inscripción contenidas en el Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023 *"Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera"*.

³ CC T-468-20

5.3.7. Para la Sala, la naturaleza de las pretensiones invocadas y las condiciones particulares del caso concreto, permiten advertir que MOLA BANDERA acudió al trámite excepcional de la acción de tutela sin haber agotado las herramientas administrativas y/o judiciales de defensa a su cargo, por lo que emerge evidente la improcedencia del recurso de amparo promovido.

5.3.8. Vale advertir que en torno a acciones de tutela formuladas en el contexto de concursos de méritos la Corte Constitucional ha trazado unas subreglas de procedencia que en el caso de marras no se superan, con lo surge incuestionable la imposibilidad de analizar de fondo la controversia planteada. En sentencia T-081 de 2022 la Corte Constitucional señaló sobre el particular:

[...] Precisamente, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial para resolver los asuntos que se derivan del trámite de un concurso de méritos, en especial, cuando en este ya se dictaron actos administrativos de contenido particular y concreto que generan derechos individuales y ciertos, con ocasión de la firmeza de la lista de elegibles, los cuales pueden ser objeto de debate en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que, además, se puede solicitar la suspensión provisional de los efectos de dichos actos [...].

5.3.9. En esa misma línea, la Corte determinó lo siguiente:

[...] el amparo tutelar procede de manera definitiva, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante [...].

5.3.10. Por su parte, la sentencia T-682 del año 2016, la Corte Constitucional dispuso:

[...] En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante, lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener. [...]

5.3.11. Con base en lo anterior, la Sala determinará si la presente acción de tutela satisface los filtros desarrollados en la precitada jurisprudencia, así:

i) "Si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley": El presente caso no cumple esta regla, debido a que el accionante concursó para el empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito y ni en la constitución ni en la ley existe para estos empleos un periodo fijo determinado.

ii) "Si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles": No se satisface la aludida regla en la medida que no se evidencia que MOLA BANDERA ocupe el primer lugar de la lista de elegibles, pues su exclusión que proveyó antes de conformarla.

iii) "Si el caso tiene una marcada relevancia constitucional": En el presente caso dicha relevancia constitucional tiene que ser dirimida por los Jueces competentes, una vez que la promotora agote las herramientas de defensa a su cargo, bien sea y como lo considere, en contra de las decisiones que proveyeron su exclusión del concurso o contra la lista de elegibles que conforme información arrojada por los impugnantes, ya se conformó sin tenerla en cuenta.

Como quiera que el estudio de procedencia realizado por el *a quo* se justificó en la relevancia constitucional del escenario *ius fundamental* propuesto de MOLA BANDERA y en la mera interpretación contradictoria de la normativa que regula el conocido proceso de selección, la Sala relievra 2 consideraciones:

La primera, se relaciona con que el recurso de amparo formulado por MOLA BANDERA, a juicio del Tribunal, no presenta una relevancia constitucional que auspicie la superposición del trámite de tutela a los procedimientos ordinarios de defensa, entendiendo la relevancia constitucional como un filtro "*que protege el carácter subsidiario de la acción de tutela, las competencias tanto del juez de tutela como del ordinario, y previene que la tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para reabrir debates meramente legales.*" (CC SU215-22)

La segunda, se refiere a que los reproches de MOLA BANDERA en últimas, si constituyen una discusión de legalidad pues considera que las accionadas le exigieron en el Acuerdo No. 001 del 20 de febrero de 2023 "*Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para proveer 1.056 vacantes definitivas en las modalidades ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera*" cargas

que no se refrendan en el ordenamiento jurídico vigente; y que consecuentemente, su certificado de experiencia laboral si debe tenerse en cuenta, aun cuando en él no figura firma del emisor, ni datos para corroborar **electrónicamente** quien lo expidió.

iv) *"Si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante"*: Esta subregla tampoco se cumple, ya que la accionante no allegó prueba que acreditará condición especial alguna, como edad, condiciones de salud, vulnerabilidad manifiesta, entre otros, que le impida acudir al mecanismo ordinario.

5.3.12. Por lo anteriormente expuesto, no se concreta la configuración de un perjuicio irremediable de tal entidad, que haga forzoso el análisis de fondo de las dolencias que en el libelo introductorio formuló la señora MOLA BANDERA. Se insiste, la promotora cuenta con herramientas de defensa que debe agotar.

5.3.13. Lo anterior es así, en la medida que los actos administrativos cuestionados son susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de los medios de control que a bien considere el tutelante, *verbi gratia*, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme las prescripciones del artículo 138⁴ y el núm. 2 del artículo 137⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.3.14. Sobre la posibilidad de controvertir en sede de nulidad y restablecimiento de derechos, los actos administrativos que excluyen participantes de un concurso de méritos, el Consejo de Estado en sentencia 2012-000680 del 2020 enseñó:

[...] En los concursos de méritos la jurisprudencia ha sido del criterio que los actos administrativos que se expiden durante el transcurrir del proceso son preparatorios y de trámite y que solo la lista de elegibles es el acto definitivo susceptible de ser enjuiciado. **Sin embargo, también se ha dicho que cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en el acto definitivo que definió su situación jurídica y, en consecuencia, puede ser**

⁴ CPACA, ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. [...]

⁵ CPACA, ARTÍCULO 137. [...] Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado, en relación con los actos administrativos de calificación que eliminan a los participantes que, al igual que la lista de elegibles «son actos típicamente definitorios de situaciones jurídicas, en la medida en que al asignar un puntaje o establecer la ubicación de los convocados para efectos de proveer un cargo en propiedad, otorgan un estatus al participante y afectan su interés de acceder a la carrera administrativa». [...] (Énfasis propio).

5.3.15. Relieva la Sala que la tutelante también cuenta con la posibilidad, en sede de urgencia e inminencia de la vulneración, de solicitar conforme se lo autorizan los artículos 138, 164-2 y 230-3 de la Ley 1437 de 2011 la concesión de medidas cautelares orientadas a que el Juez de Contencioso Administrativo disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo de exclusión. No obstante, nada de lo antedicho ha ocurrido ya que MOLA BANDERA pretende superponer a través del presente trámite, las herramientas que el ordenamiento jurídico le ha conferido para la defensa de sus derechos.

5.3.16. Sobre la posibilidad de invocar medidas cautelares en el eventual proceso contencioso que acaba de referirse, tenemos que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

[...] **Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. [...] (Énfasis propio).

5.3.17. De ese modo, se estima que la competencia no es del Juez constitucional, pues se estaría introduciendo una instancia adicional, lo que estaría por fuera de todo orden y sería contrario al esquema propuesto en el ordenamiento jurídico.

5.3.18. Sobre la efectividad de dicho medio de defensa ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

[...] **A partir de la normatividad expuesta, es posible concluir que las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas,** pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art. 86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia del perjuicio irremediable.

Con todo, es posible colegir que la acción de tutela por regla general es improcedente para desvirtuar la legalidad de actos administrativos que fueran acusados de violar derechos de rango constitucional o legal, puesto que, para la solución de este tipo de controversias, el legislador consagró en la jurisdicción contenciosa administrativa, las acciones idóneas y, las medidas cautelares, para garantizar el ejercicio y la protección de tales derechos. Empero, cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente [...] ⁶ (*Énfasis propio*).

5.3.19. De lo anterior, es evidente que, en el presente caso, la acción constitucional se torna improcedente, como quiera que la actora cuenta con los mecanismos para ventilar ordinariamente sus reproches.

5.3.20. En ese sentido, teniendo en cuenta que la accionante está acudiendo a la acción de tutela, que es un mecanismo de protección de naturaleza preferente, sumario y residual para garantizar sus derechos presuntamente vulnerados, lo oportuno es que recurra ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es la vía que ha dispuesto el ordenamiento jurídico para atacar los actos administrativos proferidos al interior de un proceso de selección y en este caso específico, la determinación de inadmitirla y no permitir su continuación dentro del proceso.

5.3.21. De esta forma, se debe tener claro que la acción de tutela no cumple la finalidad de ser una instancia adicional a través de la cual se pueda resolver de fondo el asunto objeto de controversia, toda vez que, si se procediera con ello, el Juez constitucional

⁶ CC T-733-14

estaría entrando a resolver lo que es competencia de otra autoridad, que en este caso es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siendo el juez natural competente para la verificación de dichas actuaciones, quien deberá dentro de sus facultades entrar en el análisis de las pruebas que dentro del proceso sean aportadas, para resolver de fondo revocar, modificar o confirmar el acto administrativo que da origen a la discusión que hoy nos ocupa.

5.3.22. Por otro lado, en este caso no se acreditó por parte de la gestora la probable ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente de manera transitoria la intervención constitucional.

5.3.23. Al respecto de la configuración del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha señalado:

[...] cuando se trate de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable, el accionante deberá acreditar: "(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo.

(...). De ese modo, **cuando se invoca el perjuicio irremediable, el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento [...]**⁷.

5.3.24. Por consiguiente, al analizar las pruebas allegadas a la actuación procesal, se puede observar que no fue aportado por parte de la tutelante ningún elemento de prueba que, de cuenta de la probable ocurrencia de algún perjuicio irremediable, por lo que no le es dable al Tribunal suponer la existencia del mismo, ni suplir la carga probatoria que le asistía al presentar la solicitud de amparo.

VI. RECAPITULANDO

6.1. Considera la Sala que las pretensiones elevadas en esta instancia por la tutelante, deben declararse improcedentes, como quiera que no se satisface el requisito de la subsidiariedad; ello, en la medida que cuenta con herramientas de defensa encaminadas a satisfacer las presuntas transgresiones advertidas en el presente trámite, aunado a la

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-318-17. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo.

no corroboración del perjuicio irremediable que torne procedentes las pretensiones promovidas.

6.2. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta el pasado 18 de marzo de 2024, mediante el cual se concedió el amparo deprecado por BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA; y en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la protección *ius fundamental* invocada. Lo anterior conforme las razones y argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: La presente decisión se notifica a través de medios electrónicos, con base en lo expuesto en la observación final.

TERCERO: Remítase las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA



DAVID VANEGAS GONZÁLEZ

Impedido

JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA