

Señor (a):
JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE CIENAGA (REPARTO)
E. S. D.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: LUIS EDUARDO HERNANDEZ FERNANDEZ
OPOSITOR: MUNICIPIO DE CIÉNAGA, MAGDALENA.
MEDIDA PROVISIONAL DE URGENCIA

LUIS EDUARDO HERNANDEZ FERNANDEZ, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre propio y perjudicado directo, por medio del presente libelo presento acción de tutela conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto-Ley 2591 de 1991, como mecanismo transitorio, contra **EL MUNICIPIO DE CIÉNAGA, MAGDALENA** representada legalmente por el señor **LUIS ALBERTO TETE SAMPER** o quien haga sus veces, como mecanismo transitorio y evitar un perjuicio irremediable; por la vulneración de mis derechos constitucionales fundamentales:

DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES VULNERADOS:

Por acción y/o omisión injustificada me han violado y me siguen vulnerando mis derechos constitucionales fundamentales **A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS, BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA, AL MÉRITO Y AL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA Y LEGALIDAD** consagrados en los artículos 13, 25, 29, 40, ordinal 7°, 58, 83, 84, 125 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia.

RESUMEN DEL ACONTECER FÁCTICO

1- La Comisión Nacional del Servicio Civil, en sesión de Sala Plena del 4 de diciembre de 2018, aprobó convocar el Proceso de Selección para proveer por mérito los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de algunos Municipios Priorizados para el Post Conflicto de que trata el Decreto Ley 893 de 2017, entre otros para el Municipio de Ciénaga (Magdalena).

2- Para tal efecto, la CNSC profirió el Acuerdo No. 20191000000186 del 15 de enero de 2019, "*Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Ciénaga - Magdalena, Proceso de Selección No. 909 de 2018- MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS de 58Y 68CATEGORÍA)*".

3.- Posteriormente, la misma CNSC emite el ACUERDO No. 0031 DE 2020 27-02-2020 *Por el cual se modifican los artículos 1°, 2°, 3°, 11°, 14° y 23° de/Acuerdo No. 20191000000186 del 15 de enero de 2019, de la Alcaldía de Ciénaga - Magdalena, en el marco del PROCESO DE SELECCIÓN No. 909 de 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS DE 5 Y 6 CATEGORÍA)*

4-Luego de agotado el trámite del concurso de méritos que nos convoca, la Comisión Nacional del Servicio Civil, por conducto del Honorable Comisionado MAURICIO LIÉVANO BERNAL, prorrumpa la RESOLUCIÓN N° 16355 12 de octubre de 2022 "*Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO,*

Código 219, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 110279, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA DE CIÉNAGA - MAGDALENA, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA)”

5- Frente a lo resuelto en los diferentes actos administrativos íntimamente ligados al referido proceso meritocrático dimanados de la CNSC y el MUNICIPIO DE CIÉNAGA, MAGDALENA, nos vemos forzados a precisar y resaltar que resulta a todas luces inentendible e inadmisibles que tales entidades desdeñen olímpicamente lo ordenado en la Sentencia Anticipada adiciada agosto 5 de 2002 prorumpida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Santa Marta mediante la cual resolvió en su artículo primero, lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo acusado, esto es, del Decreto 556 de 07 septiembre de 2017 junto con sus respectivos anexos técnicos, que hace parte integral del acto en comento, por el cual se realiza actualización, modificación y compilación del Manual Específico de Funciones y Competencias de la Planta Central de la Alcaldía Municipal de Ciénaga, Magdalena, el cual fue expedido por dicho ente territorial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

6-Como se puede observar prístina e inequívocamente, Su Señoría, al haberse declarado la nulidad del Manual Específico de Funciones y Competencias de la Planta Central de la Alcaldía Municipal de Ciénaga, Magdalena, la administración municipal de Ciénaga y la CNSC, automáticamente se encontraban obligados o compelidos a no continuar con el trámite del Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Ciénaga - Magdalena, Proceso de Selección No. 909 de 2018- MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS de 5 Y 6 CATEGORÍA); por cuanto simple y llanamente, ese proceso meritocrático, fue convocado con base en el Manual en cita, objeto de nulidad; a contrario sensu, hicieron caso omiso a lo ordenado en la Sentencia Anticipada descrita. lo que constituye una flagrante violación al Debido Proceso de todos y cada uno de los que participaron en ese concurso, máxime cuando reiteramos el multiindicado Manual, ya no existía jurídicamente.

Aquí, cabe preguntarnos:

¿Cuál es el fundamento jurídico-administrativo para continuar con un proceso meritocrático, en el cual su cimiento legal, es decir el Manual Específico de Funciones y Competencias de la Planta Central de la Alcaldía Municipal de Ciénaga, Magdalena, ¿había desaparecido de la vida jurídica?

7-En este sentido, no se debe olvidar que en todo proceso relacionado al concurso de méritos, desde la convocatoria, se trazan los derroteros debidamente establecidos para quienes estén en condiciones y aspiren a acceder a la convocatoria, razón por la cual, los lineamientos que se contemplan en los actos administrativos de la oferta, son los que deben observar y acatar los concursantes en igualdad de condiciones, para que se preserve el debido proceso y que el acceso esté revestido de todas las garantías, de esta manera, quienes no reúnan los requisitos exigidos, no lo pueden hacer, porque en las plantas globales de las entidades que pretenden cubrir los cargos vacantes, se requieren ciertas aptitudes, estudios, especialidades para cumplir determinadas funciones y servicios, así como determinados requisitos especiales como en éste caso, que haya laborado en un municipio de los priorizados y ofertados en la convocatoria o haya residido un

determinado lapso en esos municipios, precisándose que autoridad debe certificar dichas condiciones, lo cual es válido para todos los concursantes.

6-Finalmente, no sobra revelar que no obstante ser la convocatoria ley para las partes y por tanto de obligatorio cumplimiento y a más de ello, así disponerlo las leyes que sirvieron de fundamento para la referida convocatoria, lo cual constituye un imperativo categórico y por ende un **deber** legal, para la Alcaldía de Ciénaga, Magdalena de adoptar una posición conforme a derecho, de abierto y estricto apego no sólo frente a la ley sino también a su propia convocatoria, constituyendo ello el típico ejemplo de lo que debe hacer una autoridad en un Estado que como el nuestro además de ser social primero es de DERECHO, y por tanto el principio de legalidad se erige como un límite para las actuaciones de los funcionarios de la administración municipal de Ciénaga.

En relación con el asunto que nos convoca, la sentencia T- 256 de 1995 concluyó que *“ Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. **Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla**”*. (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

La Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- **y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.**

Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones, sería escogida para el efecto.

En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado... “...Lo contrario equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo público.

La Corte ha sostenido que *“Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso*

que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, ‘deberán ceñirse a los postulados de la buena fe’.”

También ha indicado la Corte que *“la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas.”* ...

Así lo reiteró la Corte Constitucional en Sentencia T-329 de 2009 en la que discurrió de la forma que sigue: *“La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. **Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales”.** (Resaltos son nuestros)*

7-De lo anterior, salta a la vista que la accionada, en este concurso de méritos, ha sometido a unas reglas de juego contrarias a derecho, por cuanto evidentemente se seleccionaron a la señora **ALMA JIMENA PINEDA GUEVARA** y el señor **ALVARO ANDRES ESPINOSA GALE** y demás participantes, sin cumplir con los requisitos especiales de ley, y por tanto representa una clara violación a los principios de buena fe y de confianza legítima antes enunciados; generando igualmente un quebrantamiento a nuestros Derechos Fundamentales Constitucionales a **LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS, TRABAJO, BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA, AL MÉRITO Y AL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA Y LEGALIDAD**; toda vez que los seleccionó teniendo en cuenta el pluricitado Manual, el cual no está vigente.

PROCEDENCIA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL:

Respetable Juez (a), de la situación fáctica expuesta precedentemente se evidencia claramente que el cuerpo colegiado accionado me ha vulnerado los derechos fundamentales **A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS, BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA, AL MÉRITO Y AL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA Y LEGALIDAD**, por ello acudo a esta vía como mecanismo transitorio para evitar la consumación del perjuicio irremediable, considerando que la acción de tutela es un instrumento de defensa que efectiviza la protección de los derechos fundamentales con carácter subsidiario, transitorio y excepcional, cuando no exista un mecanismo judicial que logre este propósito o que existiendo éste no resulte el más idóneo o adecuado para alcanzar esos fines. Su finalidad esencial es proporcionar la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios,

urgentes e impostergables que conllevan inexorablemente unas medidas excepcionales. Según la Corte Constitucional (Sent. T-432 de 2002) se configura el perjuicio irremediable cuando se advierten los siguientes elementos:

- a.) La inminencia que exige medidas inmediatas,
- b.) La urgencia que tiene el sujeto para salir de ese perjuicio inminente,
- c.) la gravedad de los hechos que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

En el sub júdice están debidamente probados los elementos antes citados, toda vez que, de acudir a la acción contencioso administrativa para solicitar la nulidad del acto administrativo declarado nulo, tornaría en ilusorio e ineficaz el efecto de un eventual fallo a mi favor, porque sería inoportuna esa decisión judicial, pues la invalidación total o parcial de la convocatoria enerva sus efectos antes que se profiera el acto de elección de contenido particular y concreto; por esto una vez elaborada la terna de elegibles, lo que procede es la exclusión de las personas que hubieren incurrido en la violación de las leyes y los reglamentos, o la revocatoria del nombramiento o cualquier otro acto administrativo relacionado con los infractores.

Se agrega que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9° del decreto 2591 de 1991 no es necesario el agotamiento de la vía administrativa para presentar la solicitud de tutela, pues ésta puede ejercerse directamente en cualquier momento, aun cuando hubiere hecho uso de los recursos legales. Además, téngase en cuenta que contra el acto preparatorio de conformación de terna a contralor no procede recurso, conforme con lo dispuesto en el artículo 75 del CPACA.

Inexistencia de otro medio de defensa judicial

La honorable Corte Constitucional ha decantado en su jurisprudencia la procedencia de la acción de tutela contra los ACTOS PREPARATORIOS o de TRÁMITE, argumentando *que "ESTA CLASE DE ACTOS NO SON SUSCEPTIBLES DE ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y, EN TAL VIRTUD, NO EXISTE MEDIO ALTERNATIVO DE DEFENSA JUDICIAL QUE PUEDA SER UTILIZADO PARA AMPARAR LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES VULNERADOS O AMENAZADOS DE MANERA INMEDIATA"*.

Ineficacia del otro medio de defensa judicial.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido contundente al señalar, fundada en la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y en la necesidad, impuesta por la Carta, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), que el medio alternativo de defensa judicial debe ser evaluado y calificado por el juez de tutela respecto de la situación concreta que se pone en su conocimiento. De allí que disponga el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que *"la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante."*

De otra parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de tutela del 29 de octubre de 2009 proferida en el proceso con radicación. Magistrada Ponente SUSANA BUITRAGO VALENCIA 25000-23-15-000-2009-01165-01, sostuvo sobre el particular:

“En relación con el tema de la procedencia de la tutela en los concursos de méritos esta Corporación ha dicho que en la medida que las decisiones que se dictan a lo largo del concurso son actos de trámite y que contra dichos actos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas, los demandantes carecen de otros medios de defensa judicial para lograr la reincorporación al concurso.

Así mismo, también se ha dicho que, de aceptarse, en gracia de discusión, que contra esos actos de trámite (por lo general publicaciones) procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es lo cierto que el citado mecanismo judicial no resulta eficaz ni idóneo para la protección de los derechos fundamentales que normalmente se invocan en esa clase de demandas.

Para la Sala, en efecto, es evidente que ese mecanismo no es idóneo y eficaz, si lo que pretende la parte demandante como en el presente caso es lograr una mejor posición en la lista de elegibles. Esta es la pretensión que al demandante cree que de ser atendida por el juez de tutela salvarla le amenaza o la vulneración que afrontan sus derechos fundamentales, lo que evidencia que la tutela, como mecanismo ágil de solución de este tipo de conflictos, es el medio adecuado para resolver de forma eficaz y útil lo planteado por el accionante.”

De lo anteriormente expuesto, se infiere que de escoger la acción contencioso administrativa para solicitar la nulidad del acto preparatorio que conforma la lista de elegibles, para que se provea, se tomaría en ilusorio el efecto de un eventual fallo a mi favor, ya que este carecería de objeto y de un efecto práctico, habida consideración que dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del mencionado cargo y para la época en que se dictarla la sentencia, dada la inculcable demora de los procesos en la jurisdicción administrativa, ya el señalado Concejo habría realizado el nombramiento en dicho empleo.

Si bien es cierto la acción de nulidad electoral o la de nulidad y restablecimiento del derecho serían viables, no son el mecanismo más eficaz que conduzca a la protección de mis derechos fundamentales vulnerados por la Alcaldía Municipal de Ciénaga, Magdalena, pues de público conocimiento que este tipo de demandas cursan un trámite lento ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de tal suerte que cuando se produzca un fallo debidamente ejecutoriado, mis derechos se habrán extinguido, por no haber hecho uso de otro tipo de acción más eficaz, en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL CONOCIMIENTO DE ACCIONES SIMILARES A LA AQUÍ INCOADA

La Constitución Política de 1991 consagró en el artículo 86 la acción de tutela, como mecanismo de protección inmediata, para la salvaguarda y eficacia de los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos se ven amenazados o infringidos por la acción u omisión de alguna autoridad pública o de particulares en los casos establecidos en la ley. Este mecanismo de protección fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, en el cual se indican los requisitos sobre su procedencia, que, a su vez, han sido fijados por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, siendo uno de ellos el requisito de subsidiariedad.

Es así como en el citado decreto se instituyó, como causal de improcedencia de la acción, la existencia de otros medios de defensa judicial, salvo que la tutela se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por ello únicamente puede impetrarse cuando no

exista otro medio de defensa judicial o, que existiendo, éste no sea eficaz para la protección de los derechos que se aspiran salvaguardar para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que deberá ser analizada y valorada por el juez, dependiendo de los supuestos fácticos en cada caso.

Igualmente la Corte, frente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, ha señalado que, en casos de actos administrativos, antes de acudir a este mecanismo de protección constitucional se deben agotar las vías ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo que el juez evidencie que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden proteger. Sin embargo, en el caso de los concursos de méritos y/o convocatorias públicas como la que nos ocupa, se ha establecido que las acciones ordinarias, como lo pueden ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción electoral, retardan la obtención de los fines que se persiguen, razón por la cual el amparo constitucional es el mecanismo idóneo y eficaz, para la protección inmediata de los derechos fundamentales del concursante.

En lo referente a los concursos de méritos y/o convocatorias públicas para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte Constitucional ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

En este sentido, esa Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela 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. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

En la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998 la Corte señaló que los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección del derecho. Afirmó la referida providencia:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

De otra parte, la Corte en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

En la sentencia T-720 de 2008, la Corte Constitucional reiteró su posición frente a esos asuntos, de la siguiente manera:

“La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales”.

En la sentencia T-329 de 2009, se sostuvo:

“La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para controvertir asuntos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, que serían las vías ordinarias para discutir este tipo de conflictos, no son siempre eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales de quienes habiéndose sometido a un concurso de méritos, no son elegidos a pesar de haber ocupado los primeros puestos.

Esto porque el término de duración de los procesos contenciosos suele ser tan amplio que usualmente sobrepasa el término de los cargos para cuya provisión se organiza el concurso, así como los términos de vigencia de las listas de elegibles. En esas condiciones, quien no es nombrado en el

cargo, a pesar de haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de ver concretado su derecho”.

En estas providencias puede apreciarse la posición radical de la Honorable Corte Constitucional respecto de la procedencia de la Acción de Tutela, cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de las personas que acceden a los cargos a través del mecanismo del concurso y/o convocatoria pública, considerando que la tutela se convierte en el único medio judicial idóneo para la protección de los derechos alegados convirtiéndose así en la única vía judicial que garantiza la protección debida de los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, en el caso concreto es evidente la vulneración del derecho fundamental de acceder a funciones y cargos públicos de una persona que, como el suscrito. Por lo tanto, estimo con sumo respeto que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo y directo de protección, razón por la cual su señoría se debe pronunciar de fondo sobre el problema jurídico planteado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los artículos, 11,13, 23, 25, 29, 53, 74, 83, 86, y Ss. de la C.N.: 21-27 del Decreto 1227/2005, Decreto 760 de 2005, Leyes 1437/11 y demás normas y jurisprudencias aplicables al caso.

NORMAS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES QUEBRANTADAS Y SENTIDO DE LA VIOLACIÓN:

EL MÉRITO COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y CRITERIO ORIENTADOR PARA EL ACCESO A CARGOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

El artículo 125 de la Constitución elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública.

La introducción de este principio constitucional, como lo ha señalado esta Corporación en su jurisprudencia, persigue tres propósitos sobresalientes.

Primero, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en conformidad con el artículo 209 de la Norma Superior, ya que la prestación del servicio público por personas calificadas redundará en la eficacia y eficiencia en su prestación, además de que el mérito como criterio único de selección equipara de neutralidad la función pública, conjura la reproducción de prácticas clientelistas y la saca de las oscilaciones partidistas.

Segundo, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos, como quiera que viabiliza la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos que, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección.

Tercero, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, porque, de una parte, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otra, relega la concesión de tratos diferenciados injustificados. Así las cosas, este cometido se concreta, verbigracia, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos.

De ahí que esa Corporación ha precisado que los concursos públicos, como manifestación de este principio, tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio, de tal suerte que el acceso al cargo de quien obtiene la mejor calificación, es un derecho fundamental que en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha tutelado.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cual *“toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”* debe desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que aparezcan consecuencias para los administrados.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera amplia y reiterada acerca del contenido, elementos y características del derecho al debido proceso, el cual es considerado uno de los pilares fundamentales del Estado social y constitucional de Derecho. Entre los elementos más importantes del debido proceso, esa Corte ha destacado:

“a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.

b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.

c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.

d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.

e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.

f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.”

Como se anotó previamente, la Constitución extiende la garantía del debido proceso no solo a los juicios y procedimientos judiciales, sino también a todas las actuaciones administrativas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, específicamente, que los principios

generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice: **(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados.**

CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima, manda la modificación paulatina y planificada de las medidas que coarten expectativas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En cuanto a la relación con otros principios, ha dicho la Corte que la confianza legítima debe ponderarse con la salvaguarda del interés general, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros.

Este principio ha sido principalmente utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones.

En abundante jurisprudencia, la Corte Constitucional ha aplicado el principio de confianza legítima que ha sido definido por esa Corporación como:

“un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas.

De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”.

Por lo tanto, se trata de un concepto que se deriva de los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica y que se erige como un límite a la actuación de la Administración. Así, cuando, debido a

hechos objetivos de las autoridades se le genera al particular *“la convicción de estabilidad en el estado de cosas anterior”* y la convicción de que su actuar tiene una imagen de aparente legalidad, estas no pueden crear cambios sorpresivos que afecten al particular y, en esta medida, deben ofrecerle tiempo y medios para que se pueda ajustar a la nueva situación.

La finalidad y principios del CPACA enfatizan en la protección de los derechos de las personas en sede administrativa y la observancia del principio de supremacía constitucional como eje de la actuación de las autoridades públicas, a diferencia de lo que ocurría con el Decreto 01 de 1984, cuyo objeto radicaba en la aplicación de la ley. Así las cosas, el CPACA nos presenta una nueva lectura de la posición jurídica de la administración y de los ciudadanos frente a ella.

En este contexto, puede sostenerse que el CPACA desarrolla las garantías del artículo 29 de la Constitución para las actuaciones administrativas, con lo cual se sientan las bases de un Derecho Administrativo Sancionador sujeto a principios y reglas propias, sin la tutela del Derecho Penal.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Con respecto a este principio, se hace indispensable describir que las actuaciones de la accionada frente a los hechos planteados son contrarias al principio constitucional de la BUENA FE, basados en que la Mesa directiva accionada desbordó los cauces legales aplicables al caso en cuestión.

De igual forma, la Corte ha destacado la importancia que en todos los ámbitos del derecho y, en especial, en el constitucional, ostenta el principio de la buena fe: *“la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“virbonus”). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*.

En ese sentido, la buena fe determina que así como las partes de una relación jurídica deben actuar de buena fe, también pueden confiar legítimamente en que su contraparte actuará de la misma forma y respetará sus propias actuaciones: *“La buena fe presenta dos aspectos, uno activo que se traduce en el deber que tienen todos los individuos y las autoridades públicas de proceder con lealtad en sus relaciones jurídicas, y otro pasivo, que se traduce en el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma”*.

Así, el principio de la buena fe preside las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos (art. 83 C.P.): en el caso de los particulares la presunción de la buena fe protege sus actuaciones mientras no obre prueba en contrario; respecto de los servidores públicos, éstos deben actuar ceñidos al principio de legalidad, que significa la sujeción a la Constitución y a las demás disposiciones habilitantes y limitantes de la respectiva función.

Igualmente la Corte ha sostenido que *“Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la*

Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, ‘deberán ceñirse a los postulados de la buena fe’.”

También ha indicado la Corte que *“la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas.”*

Así, se puede concluir abiertamente que la entidad accionada, ha vulnerado los principios de la buena fe y confianza legítima, como quiera que está defraudando la confianza que en ella se depositó por parte del suscrito, frente a la elección del cargo de contralor departamental.

VIOLACION AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO –ART 29 C.N.- Y DERECHO A LA IGUALDAD, AL TRABAJO Y AL ACCESO A CARGOS PUBLICOS.

Para comenzar a explicar en qué consisten las violaciones de los derechos enunciados, en primer lugar, realizaré un análisis del derecho al debido proceso administrativo, con énfasis en la legalidad y en los concursos de méritos para proveer cargos públicos, para luego aplicar estos preceptos al caso concreto.

Sobre la violación al Derecho del Debido Proceso Administrativo, la Sentencia T-796 de 2006 de la Corte Constitucional, señaló que este consiste en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad. Corresponde al Juez Constitucional determinar su alcance y aplicación, teniendo en cuenta los principios de eficacia de la administración y la observancia de los fines inherentes a la función pública.

La Corte define este derecho como: *i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la Ley a la administración, materializados en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; ii) que guarda relación directa e indirecta entre sí, y iii) cuyo fin esta previamente determinado de manera constitucional y legal.*

Así mismo, la Corte manifiesta que el objetivo de este derecho fundamental es: *i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración; ii) la validez de sus propias actuaciones y iii) resguardar el derecho a la seguridad pública y a la defensa de los administrados.*

Así las cosas, la Entidad que convoca a un concurso abierto con la finalidad de escoger a una o varias personas, para suplir uno o varios cargos, debe respetar las reglas que ella misma ha diseñado, sin que estas contraríen la Constitución o la ley que les sirve de basamento, como en el caso que hoy nos ocupa, donde se intenta desconocer no sólo la convocatoria realizada, sino también la ley y la propia Constitución.

La misma Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- **y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.**

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha sostenido frente a la vulneración del debido proceso administrativo en materia de concurso de méritos, que lo concibe como *"la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la Ley"*, debe el juez de tutela ordenar las medidas que sean pertinentes para reestablecer el derecho conculcado." En ese orden han considerado que el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determine el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, con el único fin de escoger al mejor, apartándose de toda consideración subjetiva o de influencia de naturaleza política o económica.

Este mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo. Ahora bien, al ser el concurso de méritos un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Pues bien, en el caso que nos ocupa se viola este derecho fundamental por las siguientes razones. La primera de ellas tiene que ver con la transgresión de las reglas de la convocatoria pública, al conformarse una lista de elegibles con cuatro (4) aspirantes, y no con tres (3), el cambiarse el lugar y fecha de la prueba de conocimientos unilateralmente, y las demás arriba descritas.

Se arriba a tal conclusión, porque tratándose de convocatorias para acceder a los cargos públicos, es necesario el cumplimiento en forma precisa de los requisitos y condiciones señaladas, como claramente se estableció en la Resolución 098 de 2015 cuando se abrió la convocatoria.

De otra parte, se viola este derecho fundamental en razón que es deber de la administración enterar a los administrados sobre sus actos, y por ende, está en la obligación de notificarlos en debida forma

con el fin de hacer efectivo los principios constitucionales de publicidad y eficacia. Omitir tal procedimiento, como ocurrió en el presente caso, comportó una palmaria violación del debido proceso.

En el caso de marras, existe un vicio de procedimiento por ausencia de publicidad, habida cuenta que el concejo plurimencionado en su página web no dispuso oficiosamente la publicación del cuadernillo de preguntas con la respectiva hoja de respuesta de cada aspirante ni las claves de respuestas de cada pregunta para confrontar lo dicho al final de la prueba eliminatoria; así como también se sustrajo de enviar tales documentos al correo electrónico de los concursantes.

Colofón a lo anteriormente expuesto, se observa que el ordenamiento positivo contempla la obligatoriedad de publicar este tipo de actuaciones administrativas, en razón que con las decisiones adoptadas en el trámite del concurso pueden eventualmente verse perjudicados en forma directa no solo los concursantes sino también terceros, que no intervienen en la actuación. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del CPACA la falta del requisito de publicidad, impone como sanción la ineficacia de los actos, pues la decisión que pone término a una actuación administrativa que no es notificada en forma íntegra a las partes, vulnera los derechos de igualdad y el debido proceso. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-262 de 2003, expresó:

“La notificación es el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte, impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria.

Desde el punto de vista constitucional importa dejar en claro que la notificación, entendida como el conocimiento formal del administrado o de quien es parte o interviniente en un proceso judicial, sobre el ~~contenido de las providencias que se adoptan por el juez~~ o de los actos administrativos que lo afecta tiene por fundamento específico la garantía del derecho de defensa, aspecto esencial del debido proceso, erigible en todas las actuaciones judiciales y administrativas, como lo impone el artículo 29 de la Carta.

La notificación en debida forma asegura que la persona a quien concierne una determinación se halla enterada de su sentido y define simultáneamente -con fecha cierta- en qué momento ha tenido lugar la transmisión oficial de la respectiva información. Se asegura, entonces, no solamente que conozca la decisión de que se trate, podrá al afectado hacer uso de los medios jurídicamente idóneos para la salvaguarda de sus intereses, sino que se preserva la continuidad del trámite judicial o administrativo correspondiente, pues la fecha de la notificación define los términos preclusivos dentro de los cuales podrá el notificado ejecutar los actos a su cargo. Resultan por tanto, realizados el valor de la seguridad jurídica y los principios procesales de celeridad y economía.

La falta probada de notificación, en especial la de aquéllos actos o providencias que tocan con derechos de quienes participan en el proceso o actuación, repercute necesariamente en las

posibilidades de defensa de tales personas y perturba en alto grado el curso normal de los procedimientos, dando lugar por ello, en algunos casos, a la nulidad de lo actuado. y en otros a la Ineficacia o carencia de efectos jurídicos de los actos que han debido ser materia de la notificación. Todo dependa de las normas legales aplicables, según la clase de trámite". (Subrayado es mío)

De otra parte, el H. Consejo de Estado, ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto. Esos actos son: La competencia de la autoridad administrativa, La voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma. En lo que se refiere a los motivos ha expresado la corporación que "la Administración *no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión*".

Como podrá observar señor Juez, existen graves irregularidades en la convocatoria pública que nos ocupa que vician el acto preparatorio contentivo de la conformación de la lista de elegibles en mención, circunstancia que amerita la intervención del Juez Constitucional en aras garantizar el derecho fundamental del debido proceso y el de defensa, habida consideración que la Convocatoria constituye la regla del proceso de selección, de manera tal que es vinculante tanto para los concursantes como para la Administración, y por lo tanto, que el cumplimiento de la misma es determinante para establecer qué personas acreditan las calidades y condiciones para el cargo convocado, de lo contrario, no podría garantizarse que el mérito sea el principio orientador para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos.

Con respecto al Derecho a la Igualdad, el principio de igualdad reconocido en el Artículo 13 de la Constitución, permite conferir un trato distinto a las diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: *i) que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; ii) que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; iii) que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; iv) que el supuesto de hecho, esto es la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre sí, o lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna y v) que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.*

Si concurren estas cinco circunstancias, el trato será diferente, y por ello, constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima, en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la constitución.

Ha dicho la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia que *"el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona. natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común -la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación."*

Igualmente ha expresado que la igualdad constituye un derecho subjetivo, por ende reclamable, de orden relacional y genérico, es decir que su vulneración va acompañada del desconocimiento de

otro derecho y se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, condicionando la actuación de las autoridades públicas como límite al ejercicio del poder público. Por consiguiente, erigida la igualdad como principio constitucional, valor fundante y derecho fundamental dentro del Estado social de derecho colombiano, su evaluación debe darse desde un aspecto sustancial, de manera que, la evidencia de un trato desigual constitucionalmente reprochable deberá provenir de la demostración de la existencia de un criterio diferenciador carente de objetividad y razonabilidad, a través de la aplicación de una guía metodológica denominada '*test de igualdad*'.

También ha dicho que el derecho a la igualdad exige que, los casos similares deben ser tratados de igual manera, así como las situaciones diferentes deben recibir un trato desigual. Este principio de igualdad debe caracterizar toda la actividad estatal, pero muy particularmente aquellas situaciones que comprometen los derechos de las personas, como es el caso, el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas.

Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. Esto implica que la persona tiene derecho a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

Ahora bien, el derecho fundamental de acceso a la función pública está consagrado por el artículo 40 numeral 7 de la Carta Magna, en los siguientes términos " *Artículo 40. 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 casos a los cuales ha de aplicarse.*

Efectuando una interpretación sistemática de los tratados internacionales mencionados con los artículos 13 y 40.7 de la Constitución se infiere que la garantía de protección constitucional consagrada en el artículo 40 numeral 7° abarca el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los procedimientos de ingreso al servicio público. De modo que, el acceso a la función pública en condiciones generales de igualdad constituye una garantía insuficiente si no se acompaña con la protección efectiva del derecho a no ser discriminado por razón del sexo u otro motivo que la propia Constitución considera proscrito.

El contenido de este derecho puede segregarse como sigue: a) acceso a la función pública, b) condiciones de igualdad en el acceso. Por un lado se reconoce en cuanto derecho subjetivo el acceso a la función pública, esto es, la facultad de incorporarse al servicio público por parte de cualquier ciudadano. Se trata aquí del bien jurídico como objeto de protección (acceso a la función pública). Por otro, se establece una exigencia particular del acceso: La igualdad de condiciones.

Cabe advertir que el ámbito de protección o contenido de este derecho fundamental no se reduce a la exigencia de condiciones iguales en el acceso a la función pública; el acceso a la función representa en sí mismo el bien jurídico protegido por este derecho fundamental. De lo cual se deduce que el derecho- principio de igualdad enunciado en el art. 13 de la Constitución establece una prohibición de discriminación que implica que ningún grupo destinatario de la norma

se vea excluido del ejercicio o goce de un derecho fundamental, constitucional legal, frente a otro grupo al que, por el contrario, sí se le permita.

Desde una perspectiva general, puede afirmarse que, prima facie, tal problema se plantea con los derechos de participación y los derechos de protección, entendidos aquí, en sentido restringido como derechos sociales, económicos y culturales. Esta constatación permite advertir que todo derecho de participación y de protección lleva anexa una prohibición de discriminación que se deriva del art. 13 de la Constitución Política o, si se prefiere, a la inversa, que la prohibición de discriminación se proyecta horizontalmente sobre todos los derechos de participación y los derechos de protección, a elección del interprete.

Si esto es así, habría que concluir que el mandato de igualdad en el derecho de acceso a la función pública es una proyección específica del enunciado en el art. 13 de la Constitución. Esta es justamente la interpretación dada respecto al acceso a la función pública enunciado en el art. 40, numeral 7 de la Ley Fundamental, puesto que, se trata de una proyección pero justamente sobre un derecho en particular: el derecho de acceso a la función pública. No obstante, lo anterior no debe conducir al intérprete a omitir que el derecho de acceso a la función pública detenta un bien jurídico autónomo de protección: el acceso a la función pública, la participación en la función pública. La igualdad de las condiciones del acceso representa, así, sólo un contenido, una parte, más no el todo, de este derecho fundamental.

El derecho de acceso a la función pública constituye un derecho de participación. Constituye así manifestación del status activae civitatis. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. Este derecho pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública (El ejercicio de una función pública).

La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en el servicio público el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. Por esto el acceso a la función pública debe estar regulado. En este sentido, los requisitos y procedimientos para acceder a la función pública constituyen precisamente las "condiciones" a las que se aluden.

Las condiciones para acceder a la función pública han de ser iguales para todos los aspirantes a una convocatoria. Se configura un mandato de igualdad en la determinación de las condiciones, lo que significa, inexorablemente, la consagración de una institución de prohibición de discriminación. Así, condiciones iguales significa condiciones no discriminatorias.

El sistema de concurso constituye, a no dudarlo, la expresión más acabada del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos, en la medida en que coloca a todas las personas en la posibilidad de participar en aquél, sin cortapisas excluyentes, bajo condiciones generales de igualdad. Es por esto que el proceso de selección debe estar guiado por el principio de igualdad no

solo frente a algunos de los aspirantes, sino respecto de todos: entonces, por ese motivo no se puede tener prerrogativas especiales de conveniencia con personas que participan en la convocatoria para elegir Contralor.

Ello porque el acceso en igualdad de condiciones implica, en principio, la lectura sistemática de la exclusión de motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación impuesta -por el derecho-principio de igualdad (art. 13 de la Constitución), pues con ello, ha de concluirse que la igualdad de condiciones supone una prohibición de establecer discriminaciones en motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole". De esta forma, prima facie, ninguno de estos motivos podrían ser considerados razones válidas para el establecimiento de un requisito o procedimiento para el acceso a la función pública, puesto que ello implica un trato diferenciado injusto.

Por consiguiente, el Concejo de Santa Marta, en su acelerada carrera para conformar la lista de elegibles a Contralor no le es dable desconocer y pasar por encima de las reglas de la convocatoria, que ella misma estableció en la Resolución 098 de 2015.

De admitirse la validez de tal comportamiento a la luz de los principios de rectores en que se edifica la función pública a, ello comporta una violación del derecho de acceder a cargos públicos en condiciones generales de igualdad.

Por último, el derecho al Trabajo es definido en el artículo 25 de la Carta Política, este derecho se garantiza y protege permitiendo condiciones de acceso al empleo y que éste se desarrolle como lo dice la norma superior, en condiciones dignas y justas.

Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones, sería escogida para el efecto.

SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL URGENTE:

De manera comedida y en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 2591, fundamentado además en la urgencia y necesidad que el caso amerita, le solicito como **MEDIDA PROVISIONAL DE URGENCIA**, que mientras se falla la acción de tutela, se ordene al Municipio de Ciénaga, Magdalena, se abstenga de continuar con este proceso meritocrático y nombrar a los seleccionados en la lista de elegibles, como mecanismo transitorio, a fin de no tomarse en ilusorio el efecto de un eventual fallo favorable.

P R E T E N S I O N E S:

PRIMERO: Conforme a los argumentos y sustentos legales aquí expuestos, y en aras de proteger los derechos constitucionales fundamentales amenazados y/o vulnerados, respetuosamente solicito TUTELAR como mecanismo transitorio y evitar un perjuicio irremediable, los derechos a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, buena fe, confianza legítima, al mérito y al principio de seguridad jurídica consagrados en los artículos 13, 25, 29, 40, ordinal 7°, 58, 83, 84, 125 inciso 2; de la Constitución Política de Colombia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordene al actual Alcalde del Municipio de Ciénaga, Magdalena, o quien haga sus veces, y a la propia Comisión Nacional del Servicio Civil, para que de ipso facto, deje sin efectos jurídicos todo lo actuado en la convocatoria pública, reglamentada mediante el Acuerdo No. 20191000000186 del 15 de enero de 2019, *"Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Ciénaga - Magdalena, Proceso de Selección No. 909 de 2018- MUNICIPIOS PR1ORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS de 58Y 68CATEGORÍA)"*; en particular todas las pruebas de conocimientos y de competencia aplicadas y los respectivos resultados publicados, así como también se extienda la aplicación de tal orden al acto administrativo de conformación de la Lista de Elegibles, en su lugar, SE ORDENE a la accionada la modificación, actualización y compilación del Manual Especifico de Funciones y Competencias de la Planta Central de la Alcaldia Municipal de Ciénaga, Magdalena.

TERCERO: Consecuentemente a lo anterior, y en aras de evitar posibles vulneraciones de los derechos fundamentales que dieron cabida a la protección, le solicito respetuosamente al Juez se sirva expresar que la sentencia judicial a proferir tiene electos intercomunis, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de todos los participantes que no son partes del proceso. Igualmente, se ordene DISPONER, a través del auto que admita la presente acción, que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la comunicación del trámite constitucional, el Municipio de Ciénaga, Magdalena, proceda a notificar a través de su página web y a los correos electrónicos de cada concursante, el auto admisorio de la presente acción constitucional y el contenido de la presente demanda a los aspirantes inscritos en la convocatoria pública que nos atañe, y demás terceros que puedan resultar afectados con la decisión, en aras de garantizar el debido proceso y los principios constitucionales de publicidad, celeridad y economía procesal.

COMPETENCIA:

Por ser el Accionado una autoridad del orden Municipal, es competente para conocer de la presente Tutela, su Honorable despacho judicial del lugar donde ocurre la violación o amenaza, o donde se produjeren sus efectos, en virtud del Artículo 1 del numeral 1 inciso 1 del Decreto 1382 de 2000.

JURAMENTO:

Juro solemnemente que no he presentado otra Acción de Tutela, por los mismos hechos y contra las mismas autoridades.

PRUEBAS:

1-Copia de la RESOLUCIÓN No 16355 12 de octubre de 2022 *"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 110279, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA DE CIÉNAGA - MAGDALENA, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA)"*

2- Copia de la Sentencia Anticipada adiada agosto 5 de 2002 prorrumpida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Santa Marta, con su constancia de encontrarse ejecutoriada.

