

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN



-Sala No. 1 de Decisión Penal-

Magistrado Ponente:

FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ

Proyecto discutido y aprobado según Acta No.910

Popayán, quince (15) de diciembre dos mil veintidós (2022)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Revisar en segunda instancia, con fundamento en la impugnación que formuló la accionante Angélica María Mostacilla Pérez, la sentencia No. 039 del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Puerto Tejada Cauca, a través de la cual declaró improcedente la demanda interpuesta por la antes citada contra la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC- y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

HECHOS

Fueron sintetizados en el fallo que se revisa así:

“ANGELICA MARIA MOSTACILLA PEREZ fundamentó la solicitud de amparo constitucional, argumentando:

a) Que se presentó al proceso de selección por mérito No: 828 a 979 y 982 a 986 de 2018, 989, 1132 a 1134 y 1305 de 2019 de la convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018 - (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA), - Alcaldía Municipal de Miranda – CAUCA, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, con número de inscripción 228628742, OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional, ocupando el primer puesto conforme el resultado consolidado de las pruebas escritas.

b) Manifestó que, previa autorización otorgada por la CNSC, fue nombrada en provisionalidad mediante el Decreto 148 del 26 de agosto de 2012, para desempeñar el cargo profesional universitario código 219, grado 10, en la Secretaría de Planeación del Municipio de Miranda Cauca, agregando que “en ese entonces, cumpliendo con el perfil profesional y de experiencia exigido, pues el manual de funciones y competencias laborales regido por el decreto municipal 128 de julio 31 de 2012, preveía la profesión de estadística. Dicho nombramiento, manifestó la accionante fue prorrogado mediante decreto municipal No. 009 del 24 de enero de 2014, sin término de caducidad. Pues a la fecha sigue ejerciendo el cargo.

c) Agregó que Mediante Decreto Municipal No. 287 del 1 de diciembre de 2015 que ajustó el manual específico de funciones y de competencias laborales de la planta de personal de la administración central del municipio de Miranda - Cauca, se suprimió su profesión en el perfil académico en el Núcleo Básico de Conocimiento en ESTADISTICA que es “Matemáticas, estadística y afines”, manteniendo el propósito del empleo, el cual era administrar los proyectos del sistema de información del banco de proyectos con la metodología establecida para analizar, viabilizar y evaluar los proyectos de inversión pública, conforme al Plan Municipal de Desarrollo, adujo que el ajuste realizado al Manual de Funciones y la Planta Global de Personal en el año 2015, no le fue notificado en su debido momento, “...tanto que no se hizo acta de incorporación para esa fecha...”. Solo hasta después de resuelta la reclamación de la verificación de requisitos mínimos realizados por la ESAP, se enteró de dicho acto administrativo.

d) Adujo que mediante Decreto Municipal No. 153 del 30 noviembre de 2016, “POR MEDIO DEL CUAL SE AJUSTA EL MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES DE LA PLANTA GLOBAL DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACION DEL MUNICIPIO DE MIRANDA CAUCA”, se mantuvieron el propósito del empleo, las funciones y el perfil del anterior ajuste; solamente se incrementaron funciones transversales a todos los empleos del nivel profesional de la planta global.

e) Señaló que mediante el Decreto Municipal 156-1 del 1 de diciembre de 2016, “POR EL CUAL SE INCORPORA A LA PLANTA GLOBAL DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE MIRANDA – CAUCA.” Fue incorporada, “entre otros”, al mismo empleo con el código 219, grado 1, nivel profesional. En consecuencia, mediante acta de posesión de incorporación de consecutivo 1050.01.26-057-2016 con fecha 7 de diciembre de 2016 tomó posesión en provisionalidad, del cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 219, grado 1 de la Oficina Asesora De Planeación, Desarrollo Territorial y Económico, en la Planta Global de Personal de Municipio de Miranda Cauca, agregando que en el acta se dejó expresa constancia que la posesión se realizó para dar cumplimiento al proceso de incorporación del servidor público a la planta de personal de la administración central del Municipio de Miranda Cauca y que NO se debía aportar documentos ni acreditar requisitos diferentes a los presentados al momento de la posesión inicial; esto es, en el año 2012.

f) *Precisó que el 7 de diciembre de 2018, el presidente de la CNSC y el Alcalde Municipal de Miranda Cauca, suscribieron el Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del proceso de selección 879 para la provisión de vacantes definitivas de la planta global del municipio de Miranda – Cauca. Para dicho propósito, la entidad objeto de la convocatoria envió el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del año 2016; es decir, el Decreto Municipal 153 de 2016, y a criterio de la accionante, incumpliendo la obligación que surgió con el Decreto Nacional 051 del 16 de enero de 2018 en su artículo 3, el cual adicionó el 2.2.6.34 del Decreto Nacional 1083 de 2015; esto es: “...que el municipio de Miranda debió presentar un Manual de Funciones y Competencias Laborales actualizada ante la CNSC y lo correcto era que mi profesión, la cual la que me habilitó para estar hoy ejerciendo el empleo, se incluyera en la participación del concurso de mérito.”.*

g) *Informó que el día 16 marzo del año 2020, se inscribió a la citada convocatoria, quedando registrada con número de inscripción 228628742, OPEC 10660, al empleo, que según manifestó está desempeñando conforme al hecho primero, también, que este proceso de selección “es especial”, pues aduce la accionante que, según el Acuerdo de la convocatoria, el mismo se rige por el orden estricto de las pruebas y no se exige experiencia por ser un municipio de 5ta categoría.*

h) *Señaló que el 28 de junio de 2022, a través de la plataforma SIMO, fueron publicados los resultados de la verificación de requisitos mínimos, reportando en su caso como resultado: “NO ADMITIDO”, como fundamento: “el aspirante no cumple con el requisito de estudio, toda vez que el título profesional en disciplina Académica del núcleo básico de conocimiento en: Economía, Administración, Contaduría y Afines e Ingeniería, Arquitectura, Urbanismo y Afines, es requerido por el empleo al cual se postuló.”. Circunstancia que según adujo la accionante, desconoce la condición excepcional en que se encontraba “...por estar ejerciendo en provisionalidad el cargo ofertado tal como lo establece el artículo 1 del decreto 1038 de 2018, adicionando el artículo 2.2.36.2.3 al Decreto Nacional 1083 de 2015, el cual habilita para que estas personas participen por única vez para ocupar el mismo cargo sin sujeción al acuerdo de convocatoria.”, que agregó la accionante, fue contemplada en el en el parágrafo 1 del artículo 33 del citado acuerdo para las personas que se encuentren en estas condiciones será el Jefe de Personal de la entidad quien certificará el cumplimiento de estos requisitos y no la ESAP como operador.*

i) *Expuso que el municipio de Miranda - Cauca, en manos de la Secretaría de Desarrollo Institucional y Talento Humano, mediante constancia No. 070 del 21 de septiembre de 2021, certificó que su condición de participante de la OPEC ofertada, y que se encuentra desempeñando en provisionalidad el mismo el cargo convocado. Afirmó que dicha constancia fue cargada en la plataforma en los términos oportunos para su verificación, y según la ESAP, como operador no fue factor de evaluación, “...cuando quien tiene la obligación de revisión de mi participación es la misma entidad objeto del concurso.”*

j) Afirmó que, en el término oportuno, en uso de su derecho al debido proceso, contradicción y defensa, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Acuerdo de convocatoria presentó reclamación la cual quedó registrada bajo radicado 512959492 el día 30 de junio de 2022 en la plataforma SIMO.

k) Manifestó que previo a la publicación de los resultados de verificación de requisitos mínimos, por medio de la ventanilla única de la CNSC, formuló consulta en fecha 16 de agosto de 2022 con radicado 2022RE160167, para que le informaran "...en qué momento el operador, la ESAP, verifica la certificación del jefe de personal que trata el artículo 33 VERIFICACION DE REQUISITOS MINIMOS parágrafo 1,". Obteniendo como respuesta qué:

"(...)' Al respecto, comedidamente se informa que la Escuela Superior de Administración Pública ESAP en calidad de operador del referido proceso de selección está validando las carpetas de los aspirantes que aprobaron las pruebas escritas, acorde a las certificaciones remitidas por las entidades participantes y las aportadas por los aspirantes hasta el 22 de abril de la presente anualidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2.2.36.3.2 del Decreto 1038 de 2018 (...) Se precisa que a comienzos de agosto del año en curso se hizo el requerimiento señalado a las alcaldías de los 161 municipios priorizados que ofertaron empleos en la mencionada Convocatoria."

l) Manifestó que el día 7 de septiembre de 2022, con 10 años de desempeño en el empleo ofertado a través de la citada convocatoria, fue notificada, a través de la plataforma SIMO, de la confirmación, por parte de la ESAP, del resultado obtenido en la Verificación de Requisitos Mínimos (VRM) como "NO ADMITIDO", indicando que el título profesional aportado no corresponde con lo solicitado en los requisitos mínimos.

Afirmó que, en la respuesta al trámite de la reclamación, el operador no se pronunció frente a lo siguiente:

"(...)

1. Cumplimiento del parágrafo 1 del artículo 33° del Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018 proceso de selección No. 879 de 2018, el cual menciona que "para los aspirantes que acrediten estar desempeñando en provisionalidad el cargo ofertado, el jefe de Personal respectivo certificará el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente Acuerdo y, cuando haya lugar, los del Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales. **El operador del concurso verificará el cumplimiento de los requisitos de los demás aspirantes.**" (Negrilla fuera de texto) Así las cosas, la ESAP se atribuyó competencias que no le fueron asignadas.

2. Cumplimiento de REQUISITOS EXCEPCIONALES del decreto 1038 de 2018 en su ARTÍCULO 2.2.36.2.3 el cual menciona que los empleados a quienes se les aplicó el artículo 30 del Decreto Ley 785 de 2005, y continúen desempeñando el mismo empleo, podrán participar, por una única vez, en los procesos de selección que sean convocados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento de lo previsto en el Decreto

Ley 894 de 2017, para proveer los empleos que vienen ocupando sin sujeción a los requisitos que se exijan en la convocatoria. (Negrilla fuera de texto)

Además, la ESAP como operador del proceso de selección no tuvo en cuenta las reglas explicitadas por la entidad estatal CNSC en la revisión de mis documentos para la verificación de requisitos Mínimos específicamente el parágrafo 1 del artículo 33° del Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018 proceso de selección No. 879 de 2018, puesto que aporté evidencia en los tiempos establecidos por la CNSC en la sesión otros documentos, la constancia emitida suscrito por el secretario de desarrollo institucional y talento humano del Municipio de Miranda Cauca, y que no fue validado con la observación: “El documento no es un factor a evaluar en la presente etapa de requisitos mínimos.”

m) Afirmó que mediante comunicación del 13 de septiembre del año en curso la Administración Municipal de Miranda Cauca, en respuesta a petición con radicado 3159 del 19 de agosto de 2022, le informó que remitió a la CNSC la información acerca de los servidores públicos a los cuales aplica el artículo 30 del Decreto Ley 785, listado donde aseguró la accionante, se encontraba registrada y que tampoco fue validado antes de dar respuesta a la reclamación de Verificación de Requisitos Mínimos.

n) Finalmente, informó que la CNSC dio a conocer el día 14 de septiembre a través de su página web que, en los próximos días, publicaría la lista de elegibles de la convocatoria en la cual estoy participando, poniendo en amenaza latente mis derechos fundamentales ya mencionados.

2.2. PRETENSIONES

2.2.1. Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicita que mediante el presente trámite sumarial:

“PRIMERO. TUTELAR mis derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad, trabajo, mérito acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como acceso a la carrera administrativa por meritocracia, oportunidad y confianza legítima y por ende se ordene a las accionadas.

SEGUNDO. En consecuencia, de lo anterior, **ORDENAR** a la CNSC y la ESAP la modificación de la etapa de verificación de requisitos mínimos de mi participación a estado **ADMITIDO** en la OPEC 10660 del PROCESO DE SELECCIÓN No. 879 de 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POSTCONFLICTO (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA), - Alcaldía Municipal de Miranda – CAUCA, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional, de manera que pueda continuar con el concurso de méritos, conforme a la certificación o concepto que para el efecto emita la Secretaría de Desarrollo Institucional y Talento Humano del municipio de Miranda.

TERCERO. En consecuencia, de lo anterior, **ORDENAR** a la CNSC mi inclusión, de acuerdo al orden del mérito de los resultados obtenidos en las pruebas, en la elaboración y publicación de la lista de elegibles del del PROCESO DE SELECCIÓN No. 879 de 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POSTCONFLICTO (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA), - Alcaldía Municipal de Miranda – CAUCA, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional.”. (sic)

DECISIÓN DE TUTELA EN PRIMERA INSTANCIA

El 17 de noviembre de 2022, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Puerto Tejada, Cauca, declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por la señora Angélica María Mostacilla Pérez en contra de la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, trámite al que fueron vinculados la Alcaldía Municipal de Miranda – Cauca y/o la Oficina Asesora de Planeación, Desarrollo Territorial Económico del Municipio de Miranda – Cauca.

La anterior decisión, fue producto de haber determinado, en primer lugar, que la acción de tutela es un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procedimientos judiciales que establece la Ley, de suerte que no reviste el carácter de medio alternativo o supletorio, siendo el propósito específico de la misma, brindar a las personas una protección efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos no pueden ser salvaguardados a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para tal fin.

Así las cosas, luego de citar unos apartes de la sentencia T-257 de 2011, C-593 de 2014 y la T-130 de 2004, señaló que en este asunto se había acreditado que la accionante se inscribió y participó en la convocatoria “proceso de selección por mérito No: 828 a 979 y 982 a 986 de 2018, 989, 1132 a 1134 y 1305 de 2019 de la convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018 - (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA), - Alcaldía Municipal de Miranda – CAUCA, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, con número de inscripción 228628742, OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional”, proceso dentro del cual, agotada la etapa de verificación de requisitos mínimos, el 28 de junio de 2022 fue “NO ADMITIDA” puesto que “no cumple con el requisito de estudio, toda vez que el título profesional en disciplina Académica del núcleo básico de conocimiento en: Economía, Administración,

Contaduría y Afines e Ingeniería, Arquitectura, Urbanismo y Afines, es requerido por el empleo al cual se postuló”.

Precisó que la accionante dentro del término legal, presentó la reclamación pertinente, no obstante, el 7 de septiembre de 2022, fecha en la que fueron publicadas las respuestas se confirmó la decisión de no admitirla, por lo que la actora pretende “se ordene a la CNSC y la ESAP, modificar el resultado de la etapa de verificación de requisitos mínimos asignado a la accionante de **“NO ADMITIDO”**, y en su lugar asignar como resultado estado **“ADMITIDO”** en la OPEC 10660 del citado PROCESO DE SELECCIÓN”, amén de pretender “su inclusión en la lista de elegibles, de acuerdo al orden del mérito de los resultados obtenidos en las pruebas del PROCESO DE SELECCIÓN”, indicó que “el concurso de méritos, es la opción para que las personas aspiren en franca lid a los cargos ofertados por las entidades respectivas. Y, que mejor aspirar para que una vez agotadas las etapas del concurso se nombre a quienes ocupan los primeros lugares en la lista de legibles de manera descendente, esto es, al primero, segundo, tercero, etc., y según las vacantes de cargos ofertados”. (sic)

Adujo la primera instancia, que, pese a los reparos realizados por la accionante, en el sentido de que en la fase de evaluación de los requisitos mínimos no se tuvo en cuenta “**la condición excepcional en la que me encuentro por estar ejerciendo en provisionalidad el cargo ofertado tal como lo establece el artículo 1 del decreto 1038 de 2018, adicionando el artículo 2.2.36.2.3 al Decreto Nacional 1083 de 2015, el cual habilita para que estas personas participen por única vez para ocupar el mismo cargo sin sujeción al acuerdo de convocatoria. Es más, el mismo Acuerdo de convocatoria prevé en el párrafo 1 del artículo 33 que para las personas que se encuentren en estas condiciones será el Jefe de Personal de la entidad quien certificará el cumplimiento de estos requisitos y no la ESAP como operador”**, debía tenerse en cuenta que en el Decreto 1038 de 2018 “Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con los requisitos de ingreso, selección, capacitación y estímulos para los empleos de los municipios priorizados en el Decreto Ley 893 de 2017”, en su artículo 2.2.36.2.1. establece los Requisitos mínimos, excepcionales y especiales para participar en los procesos de selección en los municipios de quinta y sexta categoría, en el que se puede establecer que:

1. El artículo 30, del Decreto Ley 785 de 2005, hace referencia a aquellos empleados que, al momento del ajuste ordenado (a las plantas de personal y manuales de funciones), se encontraban prestando sus servicios a las entidades contempladas en la norma antes citada, hecho del cual, no reposa en el plenario constancia aportada por la accionante, que acredite que a la entrada en vigencia y al momento del ajuste

ordenado por la norma en cita, se encontraba vinculada a la entidad, pues de acuerdo con los elementos probatorios, y los argumentos de la accionante, ella se vinculó con el ente territorial el 26 de agosto de 2012, y la citada norma entró en vigencia el 19 de marzo de 2005, otorgando un término de doce (12) meses contados a partir de la vigencia de la misma, para que las entidades procedieran a modificar las plantas de personal para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación.

2. El artículo 2.2.36.2.1. del Decreto 1038 de 2018, que estableció los *“Requisitos para participar en los procesos de selección en los municipios de quinta y sexta categoría”*, dice que los aspirantes a ocupar empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría identificados en el Decreto Ley 893 de 2017, que sean convocados a concurso por la CNSC, si aspiran a un cargo en el Nivel Profesional, deberán acreditar Título profesional, que serán los que correspondan al (a los) núcleo(s) básico(s) del conocimiento o títulos señalados en el respectivo manual específico de funciones y de competencias laborales vigente al momento de reportar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. A pesar de que la actora señaló que el Decreto 287 de 2015, mediante el cual se efectuó el ajuste al manual específico de funciones y competencias no fue notificado en debida forma, dicha afirmación se encuentra desvirtuada, pues al consultar el sitio web de la Alcaldía de Miranda Cauca (miranda-cauca.gov.co/tema/normatividad/decretos), se pudo verificar que tanto el Decreto 287 de 2015, como el Decreto 153 de 2016, tienen constancia de fecha de publicación noviembre 21 de 2017, es decir, previa a la suscripción del acuerdo para la convocatoria.
4. Con ocasión del reajuste de la planta de personal y manuales específicos de funciones y de requisitos exigidos para los cargos que componen la planta de personal de la administración municipal de Miranda Cauca, el ente territorial emitió los siguientes actos administrativos, los cuales fueron publicados previamente a la vinculación laboral de la actora (3 de septiembre de 2012:

| Acto | Fecha | Propósito |
|-------------|------------------|---|
| Decreto 077 | Junio 12 de 2012 | Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración central del Municipio de Miranda Cauca |
| Decreto 081 | Junio 25 de 2012 | Por el cual se modifica la planta global de personal de la administración central del municipio de Miranda Cauca |
| Decreto 091 | Junio 25 de 2012 | Por el cual se distribuyen los cargos de la planta Global de Personal de la Administración Central del Municipio de Miranda Cauca. |
| Decreto 111 | Julio 24 de 2012 | Por medio del cual se modifica los Decretos 081 y 091 de 2012 |
| Decreto 128 | Julio 31 de 2012 | Por medio de la cual se establece el manual específico de funciones y de competencias laborales para los diferentes empleos que conforman la planta global de personal de la administración central del municipio de miranda - cauca. |
| Decreto 132 | Julio 31 de 2012 | Por el cual se incorpora los servidores públicos a la planta de personal de la Administración del Municipio de Miranda - Cauca |

5. La administración de Miranda Cauca a través del decreto 132 del 31 de julio de 2012, frente a los funcionarios que incorporó a su planta de personal y que no cumplían con los requisitos al momento de la toma de posesión, conforme al decreto 132 del 31 de julio de 2012 dejó constancia que: **“ARTÍCULO TERCERO:** *Los servidores Públicos incorporados en el presente decreto deberán realizar el respectivo trámite para tomar posesión ante el Alcalde Municipal, sin tener que cumplir con otro requisito que la suscripción de la respectiva acta, puesto que venían laborando con anterioridad en el ente territorial.*” no obstante, el nombre la accionante no fue incluido en la lista de las personas que fueron beneficiadas de tal situación, por ello, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1038 de junio 21 de 2018, *“Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con los requisitos de ingreso, selección, capacitación y estímulos para los empleos de los municipios priorizados en el Decreto Ley 893 de 2017”* el que en su art. 2.2.36.2.3. señala: *Requisitos excepcionales: “quienes se les aplicó el artículo 30 del Decreto Ley 785 de 2005, y continúen desempeñando el mismo empleo, podrán participar, por una única vez, en los procesos de selección que sean convocados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento de lo previsto en el Decreto Ley 894 de 2017, para proveer los empleos que vienen ocupando sin sujeción a los requisitos que se exijan en la convocatoria”,* es claro que dicha norma no le es aplicable a la actora.

Amén de lo anterior, señaló la primera instancia, que la apreciación de la accionante, en el sentido de que la ESAP se atribuyó competencias no le fueron asignadas, pues en acatamiento de lo establecido en el párrafo primero del artículo 33 del acuerdo No 20181000007976 del 07/12/2018, esa es una opinión de la accionante, quien es claro no tuvo en cuenta las reglas establecidas por la CNSC en el párrafo 2 del art. 30 de decreto 785 de 2005, el cual establece que: **“PARÁGRAFO 2:** *La Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, realizará a todos los aspirantes inscritos que hayan superado las pruebas eliminatorias*

establecidas en el artículo 23° del presente Acuerdo, la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el empleo que hayan seleccionado y que estén señalados tanto en la OPEC de la Alcaldía de MIRANDA-CAUCA, como en el Decreto 1038 de 2018, que adiciona al Decreto 1083 de 2018, con el fin de establecer si el aspirante puede continuar en el concurso de méritos.” (sic)

En ese sentido, indicó el a-quo que la accionante en efecto no cumplía con los requisitos establecidos en el acuerdo No 20181000007976 del 07/12/2018, en consecuencia, era claro que no se le han vulnerado los derechos fundamentales invocados, por lo que declaró la improcedencia del trámite tuitivo.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, dijo la señora Angélica María Mostacilla Pérez, no estar de acuerdo con el hecho de que se hubiese declarado improcedente la acción de tutela puesto que la decisión “a) *no se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de lo que pretendo; b) inadecuado planteamiento y resolución del problema jurídico; c) Incurre el fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta inane a las pretensiones del actor, por errónea interpretación de sus principios y su resolución” (sic)*

En ese orden de ideas, inició realizando una “síntesis” del fallo que se revisa, luego de lo cual indicó, que el problema jurídico a resolver no era sí la acción de tutela procedía excepcionalmente de cara a los concursos de méritos, cuando en este caso no existe tan siquiera lista de elegibles, sino, si las demandadas vulneraron sus derechos fundamentales al “*omitirse la verificación de requisitos mínimos por parte de la entidad responsable en cabeza del Jefe de Personal como lo regula el artículo 33 parágrafo 1 de la convocatoria y, si el operador, la ESAP vulneró el derecho al debido proceso y, con ello, los demás señalados al referirse sobre el cumplimiento de mis requisitos cuando ese mismo artículo y el numeral 10 del artículo 2.2.36.3.2 del decreto 1083 de 2015 ordenan que debía abstenerse de revisarlos. En otras palabras, debe ocuparse el Tribunal de resolver si la ESAP usurpó las competencias legales y reglamentarias que le eran propias al Secretario de Desarrollo Institucional y Talento Humano de la Alcaldía de Miranda, máxime cuando se encuentra en el plenario varias certificaciones de esta dependencia que acreditan el cumplimiento de mis requisitos”*

Así las cosas, indicó que el a-quo no tuvo en cuenta las pruebas allegadas al plenario, con las que se evidenciaba que "la ESAP no valoró el reporte que hiciera la Alcaldía Municipal como responsable del proceso de certificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el Acuerdo para aquellos que estamos desempeñando en provisionalidad el cargo ofertado respecto de los empleados que hemos venido ejerciendo en provisionalidad y no deja en su competencia la revisión". Precizando que conforme a lo establecido en el art. 29 de la CN, su caso debió ser valorado teniendo en cuenta las funciones que ella realizaba en el cargo que fue ofertado por la CNSC, y para el cual concursó.

Señaló debió tenerse en cuenta también el "Fallo de tutela No. 031. Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Riohacha. Rad. 44-001-31-87-001-2022-00024-00. Accionante EDUVIGES SOFIA MENDIVIL PINZON VS LA COMISIÓN NACIONAL DEL ESTADO CIVIL y ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA" el cual guarda identidad fáctica con el que aquí se estudia para conceder el amparo por ella solicitado, alegando que la ESAP como operador de los concursos tenía la obligación, de conformidad con lo establecido en el decreto 1038 de 2018, de solicitar el reporte y certificación del cargo que ella desempeñaba en provisionalidad, sin tener en cuenta la fecha de inicio en el cargo de conformidad a lo señalado en el numeral 10 del artículo 2.2.36.3.2 del decreto 1083 de 2015 y el parágrafo 1 del artículo 33 del acuerdo de convocatoria.

Argumento, que también se estaba vulnerado su derecho a acceder a cargos públicos y al mérito por parte de la entidad responsable del proceso de selección, por cuanto al impedirle la incorporación a la lista de elegibles que debe elaborarse y publicarse, se desconoce la calificación obtenida y las calidades que con las que ha desempeñado el cargo ofertando, que es el mismo el cual aspira ocupar en forma definitiva.

Indicó la actora, su derecho al trabajo también había sido vulnerado, puesto que lleva ocupando mas de 10 años el puesto para el cual concursó, siendo su profesión adecuada para desarrollar el mismo, situación que no se tuvo en cuenta cuando se actualizó el manual de funciones y competencias para el año 2016, de conformidad con lo establecido en el art. 3 del decreto 051 de 2018.

Alegó que en la actualidad no se estaba elaborando la lista de elegibles de la OPEC 10660 del proceso de selección 879 de 2018 de la Alcaldía de Miranda Cauca, por lo que considera es oportuno acceder a sus pretensiones, con miras a corregir la omisión en la que incurrió la ESAP a quien pide se le ordene deje de

quebrantar sus derechos, ya que dicha entidad se extralimitó en sus funciones, al dejar de valorar las certificaciones por ella presentadas.

Por lo anterior pidió se revocara la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones descritas en la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

A la Sala le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de una sentencia emitida por un Juzgado con categoría del Circuito, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, a través del cual se modificó el artículo 2 .2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, al fungir el Tribunal como Superior funcional del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Puerto Tejada (Cauca).

2. Planteamiento del problema jurídico

1.- Determinar si, la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC-, y la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, al trabajo, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y acceso a la carrera administrativa por meritocracia, de la señora Angélica María Mostacilla Perez, al no validar el título que en estadística posee, para optar por el cargo de profesional universitario Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional, en la Secretaría de Planeación del Municipio de Miranda Cauca, para el cual se inscribió dentro de la convocatoria “proceso de selección por mérito No: 828 a 979 y 982 a 986 de 2018, 989, 1132 a 1134 y 1305 de 2019 de la convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018 - (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA)”

3. Consideraciones Jurídicas: A tal efecto, recordemos (artículo 86 de la Carta Política) que la acción de tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando estos resulten vulnerados o

amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

3.1.- La tutela y los concursos de méritos.

En la sentencia T- 588-2008, con ponencia del Dr. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, respecto a la convocatoria como norma reguladora la H. Corte Constitucional señaló:

" 3.1. En relación con la naturaleza de los concursos para proveer vacantes ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional que es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La Sala Plena de esta Corporación, en sentencia SU-133 de 1998, afirmó sobre el particular que: "La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado"

En sentencia T- 256 de 1995 ¹, la Corte Constitucional señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso:

"... 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."

De conformidad con la anterior jurisprudencia que ha sido reiterada en varias oportunidades por esta Corporación², una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes."

3.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.

En Sentencia T —090 de 2013, con ponencia del Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, la Corte Constitucional se refirió a la acción de tutela como mecanismo excepcional para controvertir actos administrativos, indicando que:

3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde /a demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "(O se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; Oh de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (y) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales". Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de

tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

4.- Presentación y resolución del caso concreto

En primer lugar, antes de entrar a estudiar el fondo de este asunto, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Legitimación en la causa por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En este asunto, estima esta Colegiatura que el requisito de legitimación en la causa por activa se encuentra satisfecho puesto que, es la propia actora, la señora Angélica María Mostacilla Pérez quien acude directamente ante el aparato jurisdiccional con el propósito de salvaguardar sus intereses, como quiera que afirma los accionados vulneraron sus derechos fundamentales al no validar el título de estadística que posee, para acreditar la educación formal requerida para el cargo de profesional universitario Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional, en la Secretaría de Planeación del Municipio de Miranda Cauca, en el cual se inscribió dentro de la convocatoria “proceso de selección por mérito No: 828 a 979 y 982 a 986 de 2018, 989, 1132 a 1134 y 1305 de 2019 de la convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018 - (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA)”

Legitimación en la causa por pasiva: en la presente oportunidad, la actora interpuso acción de tutela en contra de Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, siendo vinculados

oficiosamente la Alcaldía Municipal de Miranda Cauca (oficina asesora de planeación, desarrollo territorial económico del municipio de miranda – cauca la Comisión de Personal del Municipio de Miranda Cauca) y los aspirantes a la convocatoria proceso de selección No. 879 de 2018 - Alcaldía Municipal de Miranda – cauca, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, EXCLUSIVAMENTE de la OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional.

La Sala considera que las dos accionadas tienen legitimación en la causa por pasiva por lo siguiente: la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- conforme lo dispuesto artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es la entidad que regula los concursos de méritos y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, por ser la entidad que realizó y calificó las pruebas dentro de la convocatoria en la cual participó el accionante. Así mismo está legitimado el ente territorial Alcaldía Municipal de Mirada Cauca, por ser la entidad convocante al concurso y la que ofrece los cargos, y los aspirantes a la convocatoria proceso de selección No. 879 de 2018 - Alcaldía Municipal de Miranda – cauca, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, EXCLUSIVAMENTE de la OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional, por ser de su interés las resueltas de este caso.

Inmediatez: respecto de la oportunidad para su presentación, la demanda debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales¹, exigencia que se concreta en este caso, pues la consulta que alega la accionante no ha sido atendida de fondo por los accionados fue presentada el 16 de agosto de 2022, por lo que se estima razonable el término dentro del cual el actor acudió a la acción de tutela.

De la subsidiaridad: el principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte Constitucional ha señalado que “*permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los*

¹ Corte Constitucional. M.P Sentencia T-022-2017

derechos". Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

En este caso, la inconformidad de la señora Angélica María se relaciona con el hecho de que, el 16 de agosto de 2022 presentó reclamación ante la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC- y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, como quiera que pese a haber superado las pruebas escritas y psicotécnicas para acceder cargo profesional universitario Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional, en la Secretaría de Planeación del Municipio de Miranda Cauca, en el cual se inscribió dentro de la convocatoria "proceso de selección por mérito No: 828 a 979 y 982 a 986 de 2018, 989, 1132 a 1134 y 1305 de 2019 de la convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018 - (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA)", no le fue validado dentro de la educación formal, el título que ostenta como estadista, profesión con la que fue nombrada por el ente territorial vinculado desde el 26 de agosto de 2012, hecho que considera vulnera sus derechos fundamentales, pues afirma que el manual de funciones y competencia fue modificado mediante el Decreto Ley 287 de 2005 sin tener en cuenta que su profesión cumple con todas las características para ocupar el cargo en mención y sin haberla notificado debidamente de dicho cambio.

Pues bien, sea lo primero señalar que el concurso público se ha establecido como una herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"El concurso público se constituye en la herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, de manera tal, que se excluyan

nombramientos "arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos."

El concurso público es entonces un procedimiento mediante el cual se certifica que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la "evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo", de tal manera que "se impide la arbitrariedad del nominador" y de este modo se imposibilita el hecho de que "en lugar del mérito, se favorezca criterios subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (..), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.

Revisado el expediente, encuentra la Sala, que como quiera que lo que pretende la accionante es que se valide el título que ostenta en estadística, lo cual le permitirá continuar en el proceso de selección "convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018 - (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA), - Alcaldía Municipal de Miranda – CAUCA, Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018", es claro que, como bien lo dijo el a-quo en la sentencia que se revisa, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para tal fin, para ello, el legislador en la jurisdicción ordinaria creó mecanismos a través de los cuales se resuelven este tipo de controversias, donde con suficiente tiempo se pueden practicar las pruebas correspondientes, a efectos de verificar la veracidad de las afirmaciones realizadas por la actora.

Recuérdese, que la acción de tutela fue creada como un mecanismo judicial preferente que garantizar de manera efectiva la protección inmediata de los derechos fundamentales, se caracteriza por ser residual y subsidiaria, es decir, que su procedencia está limitada a que en el ordenamiento jurídico no exista otro medio de defensa judicial apto y eficaz para la defensa del derecho vulnerado o amenazado, salvo que de existir se utilice como mecanismo transitorio ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y en este caso, claro que la actora puede acudir a la jurisdicción ordinaria a efectos de plantear su inconformidad, pues se debe destacar que no se demostró que se le estuviese causando un perjuicio irremediable.

Y es que esta Sala debe recordar, que la Corte Constitucional con el objeto de establecer si se está en presencia o no de un perjuicio irremediable, ha establecido unas pautas que debe analizar el Juez al momento de determinar la procedencia o no del análisis del caso. En la sentencia T-425 de 2019 el Alto Tribunal recordó las mismas:

La valoración del perjuicio irremediable, en tanto riesgo de afectación negativa, jurídica o fáctica a un derecho fundamental exige que concurren los siguientes elementos. Por una parte, debe ser cierto, es decir que existan fundamentos empíricos que permitan concluir que el riesgo que se pretende evitar sí puede ocurrir dentro del contexto fáctico y jurídico del caso. En otros términos, debe existir “plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. Además, la certeza del riesgo debe tener una alta probabilidad de ocurrencia; no puede tratarse de una simple conjetura hipotética o una simple percepción del solicitante. De la misma forma, el riesgo debe ser inminente, o sea, que “está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo”.

Ahora bien, también se ha dicho por la Corte Constitucional que, de establecerse la existencia de otro medio judicial para salvaguardar los derechos, debe determinarse si el mismo resulta idóneo y eficaz en el caso en concreto, es decir, que sea *“materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales y debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”*². Teniendo en cuenta ello, y con el fin de estudiar estas dos características (idoneidad y eficiencia) debe estudiarse en cada caso en concreto, si se cumplen las siguientes tres requisitos: *“(i) si la utilización del medio o recurso defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela: (ii) sí es posible hallar circunstancias que excusen o que justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios a su alcance (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional y por lo tanto, su situación requiere de particular consideración.”*³

En ese sentido, el Órgano de Cierre Constitucional también ha señalado que en tratándose de concursos de méritos, *“la competencia del juez de tutela no se torna preferente simplemente porque los concursos de méritos tengan plazos cortos para su ejecución. De admitirse que el tiempo en que se surten las etapas de una convocatoria es una condición que limita per se la eficacia del medio ordinario, el juez constitucional se convertiría en el juez universal de los concursos. Precisamente, por lo anterior, esta Corte ha reconocido que, “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales”*⁴

² T-597 de 2015

³ Ibidem.

⁴ Sentencia T 425 de 2019

Ello es así, por cuanto la Ley 1437 de 2011 da la posibilidad al Juez Administrativo a solicitud de parte, de decretar de urgencia medidas cautelares, teniendo en cuenta las especiales condiciones de cada caso, **decisión que es de cumplimiento inmediato**, de ahí que se afirme que la jurisdicción contenciosa administrativa es eficaz e idónea para el análisis del caso que hoy se analiza.

Ello, por cuanto si existe duda respecto del perfil que tiene quien se ha titulado profesionalmente en estadística, respecto de la competencias, funciones y habilidades del cargo identificado con el número de OPEC No. 10660, Código 219, denominación 162, Grado 1, nivel jerárquico profesional con sede en la Alcaldía de Miranda Cauca, ofertado en la convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto PDET, del proceso de selección No. 879 de 2018, el Juez Administrativo podrá decretar las pruebas que considere pertinentes, a fin de establecer sí es posible o no, atendiendo las reglas establecidas en la convocatoria validar y otorgar puntaje al título presentado por la actora.

De ahí que la afirmación de la accionante, en el sentido de que la acción de tutela por ser más ágil es la idónea para resolver sus pretensiones no es de recibo, ya que, además, a través de la tutela no se pueden adoptar decisiones de manera concreta ante hechos que generen incertidumbre, sino que se ha de verificar si en efecto, se haya violado o se esté amenazando un derecho fundamental.

En este sentido la máxima autoridad Constitucional ha manifestado:

"Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea el caso.

Así, ha estimado esta Corte que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya transgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.⁵

⁵ Corte Constitucional: Sentencias T-760/2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia 1-819/2009, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-153 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Según el anterior aparte jurisprudencial, la informalidad de la acción de tutela no exonera a la accionante de su deber de demostrar, siquiera sumariamente, la violación concreta al derecho fundamental; el máximo Tribunal Constitucional indica además que la falta de prueba sobre este aspecto imposibilita al Juez para conceder el amparo Constitucional.

En este caso no cuenta la Sala con elemento alguno que permita señalar que, en efecto el título que ostenta la actora en estadística satisfaga el propósito general de la OPEC, para la cual participó.

Lo anterior, porque como bien lo dijo el a-quo, aunque la accionante afirma que los accionados no tuvieron en cuenta ***“la condición excepcional en la que me encuentro por estar ejerciendo en provisionalidad el cargo ofertado tal como lo establece el artículo 1 del decreto 1038 de 2018, adicionando el artículo 2.2.36.2.3 al Decreto Nacional 1083 de 2015, el cual habilita para que estas personas participen por única vez para ocupar el mismo cargo sin sujeción al acuerdo de convocatoria. Es más, el mismo Acuerdo de convocatoria prevé en el parágrafo 1 del artículo 33 que para las personas que se encuentren en estas condiciones será el Jefe de Personal de la entidad quien certificará el cumplimiento de estos requisitos y no la ESAP como operador”*** es evidente que debe tenerse en cuenta el contenido del decreto 1038 de 2018 *“Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con los requisitos de ingreso, selección, capacitación y estímulos para los empleos de los municipios priorizados en el Decreto Ley 893 de 2017”, el cual en su artículo 2.2.36.2.1. establece los Requisitos mínimos, excepcionales y especiales para participar en los procesos de selección en los municipios de quinta y sexta categoría, en el que se puede establecer que:*

1. *El artículo 30, del Decreto Ley 785 de 2005, hace referencia a aquellos empleados que, al momento del ajuste ordenado (a las plantas de personal y manuales de funciones), se encontraban prestando sus servicios a las entidades contempladas en la norma antes citada, hecho del cual, no reposa en el plenario constancia aportada por la accionante, que acredite que a la entrada en vigencia y al momento del ajuste ordenado por la norma en cita, se encontraba vinculada a la entidad, pues de acuerdo con los elementos probatorios, y los argumentos de la accionante, ella se vinculó con el ente territorial el 26 de agosto de 2012, y la citada norma entró en vigencia el 19 de marzo de 2005, otorgando un término de doce (12) meses contados a partir de la vigencia de la misma, para que las entidades procedieran a modificar las plantas de personal para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación.*

2. *El artículo 2.2.36.2.1. del Decreto 1038 de 2018, que estableció los “Requisitos para participar en los procesos de selección en los municipios de quinta y sexta categoría”, dice que los aspirantes a ocupar empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría identificados en el Decreto Ley 893 de 2017, que sean convocados a concurso por la CNSC, si aspiran a un cargo en el Nivel Profesional, deberán acreditar Título profesional, que serán los que correspondan al (a los) núcleo(s) básico(s) del conocimiento o títulos señalados en el respectivo manual específico de funciones y de competencias laborales vigente al momento de reportar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

3. *A pesar de que la actora señaló que el Decreto 287 de 2015, mediante el cual se efectuó el ajuste al manual específico de funciones y competencias no fue notificado en debida forma, dicha afirmación se encuentra desvirtuada, pues al consultar el sitio web de la Alcaldía de Miranda Cauca (miranda-cauca.gov.co/tema/normatividad/decretos), se pudo verificar que tanto el Decreto 287 de 2015, como el Decreto 153 de 2016, tienen constancia de fecha de publicación noviembre 21 de 2017, es decir, previa a la suscripción del acuerdo para la convocatoria.*

4. *Con ocasión del reajuste de la planta de personal y manuales específicos de funciones y de requisitos exigidos para los cargos que componen la planta de personal de la administración municipal de Miranda Cauca, el ente territorial emitió los siguientes actos administrativos, los cuales fueron publicados previamente a la vinculación laboral de la actora (3 de septiembre de 2012:*

| Acto | Fecha | Propósito |
|-------------|------------------|---|
| Decreto 077 | Junio 12 de 2012 | Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración central del Municipio de Miranda Cauca |
| Decreto 081 | Junio 25 de 2012 | Por el cual se modifica la planta global de personal de la administración central del municipio de Miranda Cauca |
| Decreto 091 | Junio 25 de 2012 | Por el cual se distribuyen los cargos de la planta Global de Personal de la Administración Central del Municipio de Miranda Cauca. |
| Decreto 111 | Julio 24 de 2012 | Por medio del cual se modifica los Decretos 081 y 091 de 2012 |
| Decreto 128 | Julio 31 de 2012 | Por medio de la cual se establece el manual específico de funciones y de competencias laborales para los diferentes empleos que conforman la planta global de personal de la administración central del municipio de miranda - cauca. |
| Decreto 132 | Julio 31 de 2012 | Por el cual se incorpora los servidores públicos a la planta de personal de la Administración del Municipio de Miranda - Cauca |

5. *La administración de Miranda Cauca a través del decreto 132 del 31 de julio de 2012, frente a los funcionarios que incorporó a su planta de personal y que no cumplían con los requisitos al momento de la toma de posesión, conforme al decreto 132 del 31 de julio de 2012 dejó constancia que: “**ARTÍCULO TERCERO:** Los servidores Públicos incorporados en el presente decreto deberán realizar el respectivo trámite para tomar posesión ante el Alcalde Municipal, sin tener que cumplir con otro requisito que la suscripción de la respectiva acta, puesto que venían laborando*

con anterioridad en el ente territorial.” no obstante, el nombre la accionante no fue incluido en la lista de las personas que fueron beneficiadas de tal situación, por ello, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1038 de junio 21 de 2018, “Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con los requisitos de ingreso, selección, capacitación y estímulos para los empleos de los municipios priorizados en el Decreto Ley 893 de 2017” el que en su art. 2.2.36.2.3. señala: Requisitos excepcionales: “quienes se les aplicó el artículo 30 del Decreto Ley 785 de 2005, y continúen desempeñando el mismo empleo, podrán participar, por una única vez, en los procesos de selección que sean convocados por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento de lo previsto en el Decreto Ley 894 de 2017, para proveer los empleos que vienen ocupando sin sujeción a los requisitos que se exijan en la convocatoria”, es claro que dicha norma no le es aplicable a la actora.

Amén de lo anterior, señaló la primera instancia, que la apreciación de la accionante, en el sentido de que la ESAP se atribuyó competencias no le fueron asignadas, pues en acatamiento de lo establecido en el párrafo primero del artículo 33 del acuerdo No 20181000007976 del 07/12/2018, esa es una opinión de la accionante, quien es claro no tuvo en cuenta las reglas establecidas por la CNSC en el párrafo 2 del art. 30 de decreto 785 de 2005, el cual establece que: “PARÁGRAFO 2: La Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, realizará a todos los aspirantes inscritos que hayan superado las pruebas eliminatorias establecidas en el artículo 23° del presente Acuerdo, la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el empleo que hayan seleccionado y que estén señalados tanto en la OPEC de la Alcaldía de MIRANDA-CAUCA, como en el Decreto 1038 de 2018, que adiciona al Decreto 1083 de 2018, con el fin de establecer si el aspirante puede continuar en el concurso de méritos”⁶(SIC)

Esta Sala entiende el interés que tiene la libelista en el sentido de que se le permita continuar en el proceso de selección, pero también es claro, que no hay elementos de juicio que permitan señalar que los accionados incumplieron las reglas del concurso, y que, por capricho, no validaron el título profesional presentado por el accionante.

Además, no se puede perder de vista, que el Acuerdo No. CNSC – 20181000007976 del 07/12/2018, con número de inscripción 228628742, norma rectora del Procesos de Selección al que aplicó la accionante establece que:

ARTÍCULO 21°,- CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DE LAS CERTIFICACIONES DE ESTUDIOS. Las definiciones y reglas. contenidas en los artículos 18°, 19° y 20° del presente Acuerdo, serán aplicadas de manera

⁶ Síntesis realizada de la sentencia que se revisa

irrestricada para todos los efectos de la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos.

Los certificados de estudios exigidos para el empleo por el que el aspirante quiera concursar en la OPEC de la ALCALDÍA DE MIRANDA – CAUCA, deberán presentarse en los términos establecidos en este Acuerdo, en consonancia con lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015.

No se aceptarán para ningún efecto legal los títulos, diplomas, actas de grado, ni certificaciones de estudio que se aporten por medios distintos al SIMO., o cargados o modificados con posterioridad a la fecha de cierre del cargue de documentos establecida para esta Convocatoria, o en la oportunidad prevista para las reclamaciones frente a los resultados de Verificación de Requisitos Mínimos,

PARÁGRAFO: La Escuela Superior de Administración Pública -ESAP, realizará la Verificación de Requisitos Mínimos teniendo como fecha de corte; el día de cierre de la etapa de cargue de documentación prevista por la CNSC, es decir, hasta el quinto (5) día hábil posterior a la publicación de los resultados definitivos de la prueba escrita sobre Competencias Básicas y Funcionales, **Los documentos cargados o actualizados con posterioridad sólo serán válidos para futuras convocatorias.**

Así las cosas, es claro que la acción de tutela en este asunto es improcedente, por lo que habrá de confirmarse la sentencia impugnada, siendo menester indicar, de cara a la vulneración del principio de igualdad, el cual la actora fundamentó en “el Fallo de tutela No. 031. Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Riohacha. Rad. 44-001-31-87-001- 2022-00024-00. Accionante EDUVIGES SOFIA MENDIVIL PINZON VS LA COMISIÓN NACIONAL DEL ESTADO CIVIL y ESCUELA SUPERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” que “[L]as decisiones y órdenes contenidas en la parte resolutive de las sentencias de tutela siempre tienen efectos “inter partes”. Sólo en casos excepcionales es posible hacerlos extensivos a otros sujetos, por vía del establecimiento de los efectos “inter comunis” o “inter pares”. El uso de estos “dispositivos amplificadores” es una competencia reservada a las autoridades judiciales que adoptan las providencias. Particularmente, la jurisprudencia vigente ha establecido que la determinación y aplicación de estas figuras están autorizadas únicamente a la Corte Constitucional.⁷ Y en este asunto en particular, para la Sala es evidente que la señora Angelica María cuenta con otros medios de defensa para hacer valer sus pretensiones, por lo tanto, no es dable acceder a amparar los derechos por ella invocados.

Por los anteriores razonamientos, **el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Cauca, Sala de decisión Constitucional, en nombre de República y por autoridad de la Ley,**

⁷ Sentencia SU 349 de 2019

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 039 del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Puerto Tejada Cauca, a través de la cual declaró improcedente la demanda interpuesta por la señora Angélica María Mostacilla Pérez contra de la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC- y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación a las partes, al tenor de lo preceptuado en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR por Secretaría, una vez en firme este fallo, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



JESUS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ



JESUS EDUARDO NAVIA LAME



FABIO ALBERTO BURBANO VÁSQUEZ