



DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO
Duitama, dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN No:	152383103-003-2022 00032 00
CLASE PROCESO:	ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE:	LEIDY JOHANNA OCHOA AVENDAÑO, a través de apoderado judicial Dr. IVÁN ANDRÉS MEDINA MARTÍNEZ
ACCIONADO:	ALCALDIA MUNICIPAL DE DUITAMA, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
ASUNTO:	Fallo de Primera Instancia

A continuación se emite el fallo correspondiente que defina la instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES:

1. La accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, por conducto de apoderado judicial, formuló acción de tutela a efectos de que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, de petición, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital, al principio de publicidad y a la confianza legítima, los que considera le han sido conculcados con el proceder de las entidades contra quienes dirigió la acción.

Para lo que interesa al presente asunto, se extracta del libelo genitor que la accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, ingresó a laborar en la Alcaldía Municipal de Duitama, en el cargo de Técnico código 314 grado 04, dependencia Secretaría General, el 4 de noviembre de 2008.

Que durante su permanencia en el cargo, la accionante se ha destacado por su labor, calidez humana y profesionalismo que transmite en sus labores diarias.

Que la accionante no percibe ingreso adicional o diferente al salario devengado como Técnico código 314 grado 04 de la Secretaría General del municipio de Duitama, así como ninguna otra alternativa económica de subsistencia.

Que la Alcaldía Municipal de Duitama, adelanta un proceso de provisión definitiva de cargos públicos a través de concurso de méritos y la accionante actualmente se encuentra dentro de la lista de elegibles para el OPEC 34319 cargo de técnico, código 314, grado 4, a quien se le han afectado derechos fundamentales en el transcurso de dicho concurso, por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil, omitió determinar como requisito acreditar que porta tarjeta profesional, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 1409 de 2010.

Que por tal razón, la accionante presentó derecho de petición el 12 de octubre de 2021, ante la Universidad Nacional de Colombia, a fin de que se revisara la calificación obtenida en las pruebas de competencias básicas, funcionales y comportamentales, como también solicitó que se tuviera en cuenta la Resolución 629 de 19 de julio de 2018, así como lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1409 de 2010.

Que frente a la anterior petición no obtuvo respuesta por parte de la Universidad Nacional de Colombia, vulnerándose a la accionante los derechos de petición, al debido proceso, al derecho al trabajo y al mínimo vital.

Que el 1o de diciembre de 2021, la tutelante acudió por medio de petición ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitando corrección del resultado de valoración de antecedentes, así como aclarar los requisitos de los cargos que se ofertan en la Convocatoria CNSC Boyacá, Cesar y Magdalena, en la Alcaldía de Duitama para las OPEC 34374, 34407 y 34319.

Que la referida entidad, bajo el radicado 20206000224042 del 14 de abril de 2020, dio respuesta manifestando: *"En caso de diferencia entre la OPEC y el Manual de Funciones que sirvió como insumo para el presente proceso de selección, prevalecerá el respectivo Manual; así mismo, en caso presentarse diferencias entre el manual de funciones suministrado por la entidad pública y la ley, prevalecerá las disposiciones contenidas en la norma superior."* Que además señaló que el operador encargado de adelantar las diferentes etapas del proceso de selección es la Universidad Nacional de Colombia.

Que por lo anterior, el 15 de abril de 2021 (sic), la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió nueva respuesta apoyando la posición de que el operador encargado de adelantar las diferentes etapas del proceso de selección es la Universidad Nacional de Colombia, omitiendo el deber legal establecido en la Ley 1755 de 2015, en el sentido de remitir al competente la solicitud para que ésta fuere resuelta de fondo, es decir, haber remitido las peticiones de la tutelante a la Universidad Nacional de Colombia y que ésta hubiere dado el trámite, que como se señaló por la Comisión Nacional del Servicio Civil, debe primar la Ley sobre el Manual de Funciones suministrado por la entidad pública.

Que la situación y la forma del desempeño del cargo por parte de la accionante Ochoa Avendaño, crea una situación jurídica especial que ha sido protegida por intermedio del mecanismo de tutela, por cuanto causa un perjuicio irremediable y vulnera los derechos fundamentales invocados, por cuanto si bien se encuentra en curso la provisión de cargos en propiedad a través de concurso de méritos, la accionante se presentó en debida forma a la OPEC 34319 para proveer el cargo de técnico código 314 grado 4, y así continuar con el cargo que ostenta, ello no ha sido posible dado que los requisitos que se solicitaron para ocupar el mismo no cumplen con lo consagrado en los artículos 3, 4 y 8 de la Ley 1409 de 2010, al omitir acreditar portar la tarjeta profesional, requisito que se señala para desempeñar el cargo y que la Comisión Nacional del Servicio Civil desconoce y aduce que la responsabilidad de verificar requisitos mínimos y realizar subsanaciones a falencias del concurso está a cargo de la Universidad Nacional de Colombia, omitiendo así el deber legal que impone la Ley 1755 de 2015, sobre la remisión de las solicitudes al competente y de esta manera dar una respuesta oportuna, idónea y que resuelva el fondo el asunto.

Para finiquitar su queja, aseveró el actor constitucional que la situación descrita conlleva a terminar la provisionalidad del cargo que ostenta su representada desde hace 14 años y a que no pueda ocupar el primer puesto en la lista de elegibles por falta de acreditación de la tarjeta profesional, por lo que se acude ante el Juez Constitucional para que de manera detenida se estudie el particular, se atiendan los derechos que le han vulnerado las entidades accionadas y se de prevalencia a continuar en el cargo en provisionalidad como medida transitoria mientras se subsanan las falencias señaladas en precedencia.¹

2. Mediante providencia del 29 de marzo del cursante, se dio curso a la acción promovida, ordenando notificar a las entidades accionadas, disponiendo la vinculación del Ministerio de Trabajo, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como de las personas que hacen parte de la Convocatoria OPEC 34319, Código 314 Grado 4, en la que se encuentra participando la accionante, que pudieren resultar afectadas con las resultas de la presente actuación constitucional, ordenando su notificación a efectos de que ejercieran su derecho de defensa y allegaran la información pertinente. En el mismo proveído se accedió al decreto de la medida provisional deprecada por la parte accionante, consistente en ordenar a la Alcaldía Municipal de Duitama, suspender el procedimiento para proveer los empleos vacantes, hasta tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil y/o la Universidad Nacional de Colombia, efectúe el estudio de equivalencias entre los empleos de la lista de elegibles de la convocatoria Cesar, Magdalena y Boyacá para las OPEC 34319 código 314 grado 4, OPEC 34374 Código 314, grado 4 y OPEC 34314 Código 314 grado 5, conforme al artículo 4 de la Ley 1409 de 2010, para lo cual se emitieron los ordenamientos pertinentes.²

3. La Universidad Nacional de Colombia, a través de la Subdirección del Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID de la Facultad de Ciencias Económicas, allegó informe realizado por el Director de Proyecto, refiriéndose de manera individual a los hechos descritos en el libelo de tutela, destacando en lo esencial, que no es cierto que se le hubieren vulnerado derechos a la accionante, ya que lo que se valora en el factor de educación son títulos y certificaciones acreditadas, no las tarjetas profesionales expedidas en virtud de la reglamentación que sobre el tema archivístico exista.

Que el Anexo de la Convocatoria Boyacá, Cesar y Magdalena, que reglamentó el proceso de selección, sobre las reclamaciones de las pruebas escritas dispuso los plazos y la forma de realizarlas, señalando que de conformidad con lo indicado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, los resultados preliminares de las pruebas escritas se publicaron el 13 de septiembre de 2021, concediendo 5 días hábiles para que se presentaran las reclamaciones sobre las mismas, a través de la plataforma SIMO, haciendo alusión a la reclamación que oportunamente realizó la accionante el 20 de septiembre de 2021, respecto a la calificación obtenida en la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, así como a la respuesta que a dicha solicitud se le expidió mediante el oficio signado en octubre de 2021, denotando que la complementación a la reclamación allegada de forma extemporánea y por vías

¹ Páginas 1 a 73 del escrito de tutela y anexos incorporado en medio digital.

² Páginas 1 del archivo digital contentivo del auto admisorio.

diferentes a la plataforma SIMO, no pueden ser consideradas por no atender la reglamentación de la convocatoria, que debe ser acatada tanto por los aspirantes como por las entidades que participan en el proceso.

Luego de aludir a los derechos de petición elevados por la petente Leidy Johanna Ochoa Avendaño, el 12 de octubre y el 1 de diciembre de 2021, dirigidos a la Universidad y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como a la respuesta ofrecida por esa institución académica mediante oficio signado diciembre de 2021³, en el cual se ilustró a la accionante sobre las reclamaciones planteadas y se le informó sobre la improcedencia de su pretensión, se describieron los antecedentes, generalidades y estructura del proceso de selección adelantado en virtud del contrato de prestación de servicios 681 de 2019, recalcó que conforme con el anexo técnico de la convocatoria, con la inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones contenidas en la convocatoria y en los reglamentos relacionados en conformidad con las disposiciones contenidas en el numeral 4 del artículo 7 de los Acuerdos que regulan la Convocatoria Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena, mencionando que bajo ningún motivo se puede, de manera posterior, tratar de obtener beneficios personales, desconociendo las reglas del concurso, pues de manera previa, libre y espontánea aceptó los lineamientos del concurso.

Para concluir su intervención y luego de hacer mención a la forma de respuesta conjunta, única y masiva, según la Sentencia T-466 de la Corte Constitucional y el artículo 22 del CPACA, frente a las reclamaciones, esgrimió lo relativo a la improcedencia de la acción de tutela y los presupuestos de procedibilidad, refutando que han pasado más de 4 meses desde la publicación de los resultados de las pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales y 3 meses de la publicación de los resultados definitivos de la prueba de valoración de antecedentes, lo que hace la presente acción inoportuna, requiriendo se declare improcedente la acción al no existir elemento que demuestre indicios de vulneración de derechos.⁴

4. Por su parte, la Alcaldía Municipal de Duitama, por conducto de apoderado judicial, luego de manifestar su inconformidad con el decreto de la medida provisional ordenada por este estrado, refirió como ciertos los hechos relacionados con el nombramiento en provisionalidad de la tutelante en el cargo de Técnico, Código 314, Grado 04, adscrito a la Secretaría General del referido ente territorial y las respuestas otorgadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, con los radicados No. 20202330349981 de fecha 14 de abril de 2020 y No. 20202330355221 de fecha 14 de abril de 2020, según los documentos anexos al escrito de tutela.

Respecto a los demás hechos, indicó no constarle que el desempeño de la accionante fuere intachable ya que a los servidores públicos provisionales no se les aplica la evaluación de desempeño laboral; tampoco que el salario percibido por el cargo que ejerce al servicio de la entidad territorial fuere su única fuente de ingreso y finalmente, frente a las peticiones radicadas ante la Universidad Nacional y la CNSC, adujo que no se allegó siquiera la constancia de envío del

³ Páginas 8 a 27 de la respuesta allegada por la Universidad Nacional.

⁴ Páginas 1 a 31 *ibidem*.

mensaje de datos o la radicación de los mismos, por lo que se desconoce si efectivamente fueron recibidos por esas entidades.

Después de exteriorizar su oposición a las pretensiones, mencionó que éstas están llamadas a caer al fracaso, por cuanto no se ha probado siquiera sumariamente cuál es la vulneración de derechos fundamentales que se alega, para lo cual esgrimió los argumentos respectivos frente a cada una de las prerrogativas fundamentales solicitadas en amparo por la tutelante, mencionando en particular, que las reglas del concurso de méritos establecían claramente la solución a las discrepancias entre el MEFCL y la Ley, siendo prevalentes las de la norma superior, máxime cuando en el artículo 11 del Acuerdo No. CNSC-2019000004936 del 14 de mayo de 2019, se refirió que los aspirantes, previo inicio de su trámite de inscripción, debían tener en cuenta las condiciones previstas en el numeral 2.1. del anexo del Acuerdo, precisando que el literal i) del mismo, señala que, *"Con la inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones contenidas en la Convocatoria y en los respectivos reglamentos relacionados con el proceso de selección"*.

Así mismo, aludiendo al derecho al mínimo vital invocado por la tutelante, replicó que el mismo carece de todo soporte legal al aducir que la no exigencia del requisito de contar con tarjeta profesional o certificado del Colegio Colombiano de Archivística, la desplazó al tercer lugar de la lista de elegibles, constituyendo un argumento falaz, pues el cumplimiento de los requisitos para desempeñar un empleo no otorga puntaje, y por eso, no puede utilizarse dicho yerro, que ya fue rectificado, para ocultar que la tutelante no obtuvo los resultados esperados en las pruebas de conocimientos, competencias laborales y valoración de antecedentes, que conllevó a que se le ubicara el tercer lugar.

En complemento de su defensa, se refirió a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que regulan concursos de méritos y las controversias suscitadas en desarrollo de una convocatoria cuando ya se conformó lista de legibles, con cimiento entre otras en las sentencias SU 617 de 2013 y T-049 de 2019, que recogió varios precedentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para reafirmar que la presente acción es improcedente, por cuanto la tutelante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para precaver sus derechos, máxime cuando ni siquiera comprobó la gravedad o la inminencia del perjuicio irremediable que reclama, pues participó en la convocatoria, aceptó las condiciones de la misma, se le advirtió que en caso de discrepancia entre el MEFCL y la Ley prevalecería la norma superior y se encuentra en la lista de elegibles, por lo que no puede pretender que por esta vía se mejore su derecho frente a los demás ciudadanos que integran el registro; además, que al encontrarse en firme la lista de elegibles del empleo OPEC 34319, en la cual se encuentra la tutelante, el recurso de amparo está llamado a su improcedencia, debiendo acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para su controversia al no ser procedente que esta instancia ordene su anulación.⁵

5. La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través del Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, después de reseñar los antecedentes del presente asunto, aludió a la improcedencia de la acción y a la ausencia del perjuicio irremediable,

⁵ Páginas 1 a 16 de la Replica allegada en medio digital por la Alcaldía Municipal de Duitama

apoyándose en lo previsto en el artículo 86 inciso 3o de la Constitución Política y el numeral 1o del artículo 6o del Decreto 2591 de 1991, destacando que la inconformidad de la accionante frente a la Convocatoria 1137 A 1225-1227 A 1297 - 1300 A 1304 - Boyacá-Cesar y Magdalena, no es excepcional, ya que en últimas la censura planteada recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo, frente a lo cual la accionante cuenta con mecanismos de defensa idóneos y eficaces para controvertir el mentado acto administrativo, a través de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para debatir la etapa de valoración de antecedentes que es lo que motiva la demanda de tutela.

Agregó que en este caso los accionantes no solo no demostraron la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, sino que no existe perjuicio irremediable, en relación con controvertir la Convocatoria 1137 A 1225-1227 A 1297 - 1300 A 1304 - Boyacá-Cesar y Magdalena, porque para ello bien pudieron y pueden acudir a los precitados medios de defensa en aras de debatir el resultado que obtuvo en el concurso de méritos.

Aseveró asimismo la Comisión Nacional del Servicio Civil, que precisadas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa para evitar arbitrariedades que puedan afectar la igualdad o que vaya en contravía de los procedimientos que fueron estipulados para cumplir a cabalidad con el concurso, que en ese entendido éste se desarrolla con sujeción a un trámite reglado, en donde se imponen no solo límites a las entidades encargadas de administrarlo sino también ciertas cargas a los participantes, que por ello, se puede apreciar que la CNSC y la Universidad Nacional de Colombia, en calidad de operador del concurso, han dado cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo de Convocatoria como norma reguladora de todo el proceso y que se convierte en Ley para las partes como una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, garantizando los derechos de defensa y contradicción en todo momento.

A continuación de referenciar los antecedentes de la convocatoria citada mediante Acuerdo No. CNSC – 20191000004936 del 14 de mayo de 2019, modificado por el No. CNSC – 20191000009506 del 13 de diciembre de 2019 y a la forma de desarrollarla y aplicarla, recabó que para adelantar un proceso de selección a cualquier entidad administrada y vigilada por la CNSC, es necesario cumplir las etapas preliminares de planeación y ejecución mediante un trabajo mancomunado estableciendo los lineamientos que deben seguirse.

Refiriéndose a la exigencia de la tarjeta profesional como requisito de admisión para los procesos de selección, con sustento en las sentencias C-660 de 6 de diciembre de 1997, C-697 de 2000 de la Corte Constitucional, los artículos 2.2.2.3.3 y 2.2.5.7.6 del Decreto 1083 de 2015, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, los artículos 7 y 11 del Acuerdo CNSC – 20191000004936 del 14 de mayo de 2019, indicó que dicho documento debe ser requerido para ejercicio de la profesión u oficio en los casos que así lo estime la Ley y que éste debe exigirse al elegible al momento de realizar el respectivo nombramiento y posesión, mas no para su admisión en el proceso de selección, por lo que desestimó las pretensiones y hechos expuestos por la accionante al querer con su accionar

darle a un documento el estatus de requisito indispensable para la participación y admisión dentro del proceso de selección.

En complemento de lo anterior, luego de aludir a la situación de la tutelante Ochoa Avendaño en la convocatoria, de identificar el cargo para el cual se postuló y de informar los documentos que aportó para la acreditación de los requisitos mínimos, señaló que superadas las etapas por la aspirante en la convocatoria, la CNSC, expidió la lista de elegibles del referido empleo, mediante Resolución No. 2853 del 1 de marzo de 2022, en donde ocupa la posición No. 3, destacando que dicha lista adquirió firmeza completa el 11 de enero de 2022 (sic), y que la accionante no alcanza a ser nombrada, describiendo en lo demás el trámite subsiguiente y los términos que corresponde cumplir para la designación de quien ocupó el primer lugar del registro.

De otro lado, asentó que la petición incoada por la accionante ante esa Comisión el 1 de diciembre de 2021, no es otra que la reclamación realizada dentro de la etapa de valoración de antecedentes, y que en virtud de las obligaciones atinentes del contrato No. 681 del 26 de diciembre de 2019, la Universidad Nacional de Colombia, procedió a dar respuesta clara, precisa y de fondo a las reclamaciones e inconformidades expuestas por la accionante, cuya respuesta le fue notificada, a través del aplicativo SIMO, de la cual ésta tiene pleno conocimiento al ingresar con su usuario y contraseña al mismo, refiriendo extrañeza frente a las manifestaciones de la petente al asegurar que la CNSC y la Universidad Nacional no le han brindado respuesta a sus inconformidades dentro de la etapa de valoración de antecedentes, precisando que la acción de tutela es solo el reflejo de su inconformidad frente a los resultados obtenidos dentro del desarrollo de la convocatoria que la ubicó en el puesto No. 3, pretendiendo desestimar a los demás aspirantes que obtuvieron mejor puntaje.

A continuación de esgrimir los asertos relativos al mérito frente al nombramiento en provisionalidad y de la desvinculación de provisionales en situaciones especiales aplicables a la convocatoria 1137 a 1298 y 1300 a 1304 Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena, refirió lo pertinente respecto al mecanismo de provisión transitoria de los empleos, aduciendo que los cargos ocupados en dicha modalidad se encontraban en vacancia definitiva, debiendo ser ofertados en el marco de un proceso de selección, como lo es la Convocatoria No.1137 a 1298 y 1300 a 1304 de 2019 Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena y que en ese sentido la Alcaldía de Duitama -Boyacá, en cumplimiento del mandato constitucional y lo preceptuado en la Ley 909 de 2004, ofertó a concurso abierto de méritos los cargos en vacancia definitiva del Sistema General de Carrera Administrativa, y que en virtud de lo preceptuado en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, es correcto afirmar que la provisión de los empleos del Estado, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley, se fundamenta única y exclusivamente en el mérito, que se presenta como un principio constitucional que permea la función pública y que debe ser respetado por todas las autoridades administrativas, según lo indicado en la Sentencia C-288 de 2014 de la Corte Constitucional.

Adicionalmente apuntaló que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia y por lo tanto, están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado, según lo indicado en la Sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional.

Con sustento en el Concepto Marco No. 09 de 2018, emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, agregó que independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente, destacando que el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso ni arbitrario, sino que debe estar debidamente motivado y fundamentado, y de ser posible se deben emprender medidas afirmativas en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales, de conformidad con las Sentencias T-595 de 2016 y SU 446 de 2011, emanadas de la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, refirió que en el marco de la Convocatoria No.1137 a 1298 y 1300 a 1304 de 2019, Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena, la protección de los servidores públicos provisionales a ser desvinculados, puntualmente aquellos en condición de pre-pensionados, en condición de discapacidad, padres o madres cabeza de familia sin alternativa económica y/o con enfermedad catastrófica, debe darse con observancia tanto de la normativa vigente al momento de la aprobación de los acuerdos de convocatoria en Sala Plena de la CNSC, como de la jurisprudencia que desarrolla el tema, agregando que independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien por mérito obtuvo el derecho prevalente a ser vinculado en el empleo de carrera administrativa, efectuando la designación en período de prueba con las listas de elegibles que hayan cobrado firmeza, en los términos del artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, y a la vez, adelantar las acciones afirmativas de que trata el parágrafo 2º, artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 de Decreto 498 del 4 de marzo de 2020.

Finalmente, recabó en la improcedencia de la presente acción, reiterando los argumentos relativos a la subsidiariedad, la inexistencia del perjuicio irremediable, la ausencia del principio de inmediatez y los asertos referentes a la medida provisional, requiriendo declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, por no existir vulneración de derechos fundamentales por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.⁶

6. En su réplica, la Cartera Ministerial convocada, a través de la Oficina Jurídica en cabeza de la Doctora Dalia María Ávila Reyes, se refirió a los antecedentes y pretensiones invocadas por la parte accionante, replicando en concreto que en el presente caso se acredita la falta de legitimación en la causa por pasiva, de acuerdo con la naturaleza y funciones del Ministerio de Trabajo, recalando que

⁶ Páginas 1 a 26 de la respuesta allegada por la Comisión Nacional del Servicio Civil

dicho ente no es el responsable del presunto menoscabo de los derechos alegados por el actor.

Amplió sus argumentos aludiendo al derecho de petición frente a entidades públicas, a la vinculación del empleo público, al proceso de selección en el concurso de méritos, a la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del principio de subsidiariedad con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pidiendo se deniegue la acción frente dicho ente ministerial.⁷

7. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por conducto de la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad, en su intervención dentro del presente trámite, luego de hacer mención a los antecedentes de la acción, se refirió a la competencia y objetivos de la entidad, de acuerdo con la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 y el Acuerdo 01 de 2019, destacando que con base en este último reglamento del Consejo Directivo, las competencias de la entidad se encuentran limitadas y referidas a eventos en los cuales se encuentran involucrados intereses litigiosos de la Nación, siempre y cuando la solicitud provenga de los funcionarios indicados en el precitado acuerdo; en consecuencia, requirió la desvinculación de la entidad y comunicar la decisión para los fines pertinentes.⁸

8. A su turno, la señora Necty Eneida Bejarano Malavera, manifestó su interés de concurrir a la presente acción constitucional, aduciendo ocupar el primer puesto en la lista de elegibles para el cargo de Técnico Administrativo Código 314 Grado 4 de la Alcaldía Municipal de Duitama dentro de la OPEC 34374, haciendo alusión general a los hechos del libelo de tutela y manifestando su oposición a las pretensiones incoadas, aduciendo que no existe fundamento fáctico ni jurídico que la vincule a la presente actuación, a la vez requirió se le tengan en cuenta sus derechos adquiridos en torno a la decisión que se proceda a tomar por parte del juzgado, esgrimiendo como medio defensivo la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", aduciendo acogerse a lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-329 de 2009.⁹

9. Por su parte, la señora Leidy Carolina Valderrama Díaz, luego de detallar los antecedentes acaecidos al interior de la Convocatoria citada mediante acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, en la cual participó la accionante, manifestó ser la aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles del empleo denominado Técnico Operativo, Código:314, Grado: 4, identificado con el OPEC No. 34319, proceso de selección territorial 2019 de la Alcaldía de Duitama Boyacá, mencionando que dicha lista quedó en estado de firmeza completa el 11 de marzo de 2022 y que está debidamente comunicada a los interesados, siendo designada en periodo de prueba por la Alcaldía Municipal mediante Decreto 252 del 24 de marzo de 2022, notificado el 28 del mismo mes y año, por lo que manifestó su aceptación, destacando que el ente territorial recibió dicha aceptación, quedando pendiente su posesión en virtud de la medida provisional decretada por este Juzgado, requiriendo que se accediera a tener en cuenta la tarjeta profesional como lo requiere la

⁷ Páginas 1 a 9 de la réplica aportada por el Ministerio del Trabajo.

⁸ Páginas 1 a 6 del escrito de contestación allegado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

⁹ Páginas 1 a 6 de la intervención realizada por la ciudadana Necty Esneida Bejarano Malavera.

accionante, después de agotadas las instancias del proceso de selección para proveer definitivamente los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Alcaldía de Duitama, dentro de la Convocatoria No. 1170 de 2019 -Territorial Boyacá Cesar y Magdalena, para el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, Nivel Técnico, identificado con la OPEC 34319, también se tenga en cuenta que a la fecha, ella cuenta con la tarjeta profesional No. 3.703 expedida por el Colegio Colombiano de Archivistas, la cual se encuentra vigente, cumpliendo así con lo establecido en el art. 3 de la Ley 1409 de 2010.¹⁰

Rituado como se encuentra el trámite constitucional, procede el despacho a resolver lo que en derecho corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares. Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Bajo esta premisa, se tiene que el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales.

La H. Corte Constitucional ha puntualizado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, bien por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley.

Pero ha sido enfática la copiosa jurisprudencia de dicha Corporación en señalar que: *"la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten"*.¹¹

2. Dentro del presente caso se tiene que la accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad,

¹⁰ Páginas 1 a 19 de la réplica aportada por la señora Leidy Carolina Valderrama Diaz.

¹¹ Sentencia T-565 de 2009.

petición, trabajo, debido proceso, mínimo vital, principio de publicidad y confianza legítima, con la actuación cumplida por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y la Universidad Nacional de Colombia al interior de la Convocatoria citada mediante acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para proveer el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, proceso de selección territorial 2019 de la Alcaldía de Duitama Boyacá, por presuntamente omitirse como requisito habilitante la acreditación de la tarjeta profesional de archivista, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 1409 de 2010 y por no habersele dado respuesta a su petición de valoración, corrección de resultados de valoración de antecedentes y aclaración de los requisitos de los cargos ofertados en la convocatoria.

En tales condiciones, corresponde a este estrado judicial establecer si la Convocatoria citada por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y la Universidad Nacional de Colombia, mediante acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para proveer el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, ha vulnerado los derechos fundamentales enunciados por la actora constitucional, al no exigirse el requisito de acreditación de la tarjeta profesional y no darse solución de fondo al reclamo postulado en tal sentido por la misma.

Para solucionar el interrogante planteado, el despacho considera indispensable abordar el análisis pertinente frente a los siguientes temas:

(i) Derecho al debido proceso y debido proceso administrativo en los concursos de méritos.

"5.1. Como se ha expuesto en las líneas que anteceden, el principio del mérito constituye una de las bases del sistema de carrera, en consecuencia, es el sustento de todo proceso de selección. Persigue asegurar la eficiencia de la administración, así como garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para ocupar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera.¹ La Ley 909 de 2009 regula el sistema de carrera administrativa, y la define como norma reguladora de todo concurso, que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes.² Al respecto, ha precisado la Corporación, que: "el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración 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".¹²

Conviene destacar entonces que las normas de un concurso público de méritos fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y establecen las pautas y procedimientos con los cuales deben regirse⁴. Se trata de reglas que son inmodificables, por cuanto se afectan principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

¹² SU 446 de 2011.

En este orden de ideas, la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.¹³

Frente al tema, la Sala Plena de la Corporación en sentencia SU-913 de 2009 determinó que: "(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido"¹⁴ (Sentencia T-682-16, Corte Constitucional).

(ii) Finalidad de los Concursos de Méritos y etapas.

Sobre la finalidad de la carrera administrativa, concursos públicos de mérito y sus etapas, la misma Corporación Constitucional en Sentencia T- 569 de 2011, precisó:

"(...) La consagración constitucional del sistema de carrera como principal forma de acceso al empleo público es reflejo de la necesidad de contar con servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación les permitan atender eficazmente las responsabilidades que les han sido confiadas, ya que para el Constituyente de 1991 resulta claro que el "desarrollo económico y social de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de su burocracia.

La jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que el mérito y el concurso público son los dos pilares fundamentales de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991. En virtud del mérito se pretende que las capacidades, cualidades y eficacia del aspirante sean los factores determinantes "para el acceso, permanencia y retiro del empleo público. " Por su parte, el concurso público es el mecanismo para establecer el mérito, ya que aquel está exclusivamente dirigido a comprobar "las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos. " La Corte ha manifestado que el concurso público debe ser comprensivo de "todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública", incluidos aquellos factores en los cuales "la calificación meramente objetiva es imposible", ya que aquello garantiza la erradicación de cualquier margen de subjetividad en la escogencia del concursante.

¹³ T-090 de 2005

¹⁴ T-090 de 2013

El agotamiento de las diferentes etapas del concurso — siempre y cuando se respeten las reglas inicialmente establecidas traerá como consecuencia necesaria la designación obligatoria de aquel quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles y de aquellos que lo preceden en el orden, dependiendo del número de vacantes disponibles. La Corte ha expresado que "cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación", ya que justamente el nombramiento del más apto es la finalidad para la cual aquel ha sido instituido"

Del mismo modo, en la Sentencia C-040 de 1995, reiterada en la SU-913 de 2009, la Máxima Guardiana del Orden Constitucional, explicó cada una de las fases que deben agotarse en una convocatoria para proveer cargos públicos, etapas que por demás fueron recogidas por nuestro legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así, por vía jurisprudencial se ha explicado detalladamente el proceso que, por regla general, entrañan los concursos públicos para proveer los empleos vacantes destacando las siguientes:

"1.- La convocatoria (que dice la ley por convocación), es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo de carrera administrativa. En ella se consagran las bases del concurso, las cuales difieren de acuerdo con el tipo de concurso y el cargo por proveer; en términos generales, se pueden mencionar, a manera de ejemplo, algunas de las previsiones que debe contener, a saber: la identificación del cargo, las funciones, la remuneración, los requisitos de estudios para el desempeño del empleo, títulos, experiencia, o en su lugar la forma como se compensan esas exigencias, los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, la demostración de calidades, las funciones del cargo, la clase de exámenes o pruebas que se van a realizar, la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevará a cabo el concurso, el tiempo límite de inscripciones, lugar en donde se reciben éstas, la fecha en que se publicarán los resultados, en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso. Regulaciones que, como se consagra en el artículo 50. del mismo decreto, acusado parcialmente, "es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes", es decir, es ley para las partes".

"La convocación garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuidas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones"

"2.- El reclutamiento, tiene como finalidad determinar quiénes de las personas que se inscribieron para participar en el concurso, reúnen los requisitos y condiciones exigidas por la administración, para lo cual se debe elaborar una lista en la que aparezcan los candidatos admitidos y los rechazados, teniendo en cuenta que en este último caso, solamente se permite excluir a quienes no cumplan con las exigencias señaladas en la convocatoria, las que deberán indicarse a cada uno de los afectados en forma escrita y precisa."

"Adviértase que en esta etapa del concurso se hace un análisis meramente objetivo, (edad, nacionalidad, estudios, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, etc) para determinar la aptitud legal de lo aspirantes, lo cual se realiza antes de las pruebas o exámenes de conocimientos.

3.- La aplicación de pruebas o instrumentos de selección, tiene como fin establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas y responsabilidades del cargo" (Art. 80. Dec. 1222/93). Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación. competencia, capacidad o aptitud física,

comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc. para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

4.- Lista de elegibles. Valoradas cada una de las pruebas se procede a la elaboración de la denominada lista de elegibles, de acuerdo con el puntaje obtenido por cada participante, indicando los candidatos que aprobaron "en riguroso orden de mérito", como lo ordena el artículo 90. del decreto 1222 de 1993, objeto de impugnación. " Así mismo la Jurisprudencia Constitucional ha enfatizado que la etapa de convocatoria juega un papel primordial en el desenvolvimiento del concurso, ya que en dicha fase la administración al establecer las bases de dicho trámite, señala de manera definitiva e irrevocable las reglas que aplicará dentro de aquel, sin que tenga posibilidad de desconocerlas o modificarlas posteriormente. Tal imposición constituye una garantía para los administrados, toda vez que les permite saber con certeza cuáles son las reglas a las que estarán sometidos dentro del concurso y los legitima para ejercer la acción de tutela por violación al derecho al debido proceso o cualquier otro derecho fundamental, cuando quiera que aquellas resulten transgredidas"

(iii) Procedencia de la acción de tutela respecto a los Concursos de Méritos.

El carácter subsidiario de la acción de tutela obliga al interesado a desplegar todo su actuar dirigido a poner en movimiento los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales, exigiéndole que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, debe haber actuado con diligencia en la instauración de los procesos idóneos, de suerte que la falta injustificada en el agotamiento previo de los mismos, deviene en la improcedencia de la acción de tutela promovida con dicho propósito.

Al respecto, la jurisprudencia decantada por la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe analizar, en cada caso concreto, si los demás mecanismos judiciales de que dispone el actor le permiten ejercer la defensa de sus derechos constitucionales fundamentales, logrando su protección efectiva e integral.

En tratándose de decisiones adoptadas al interior de un proceso de selección, nuestro Máximo Tribunal Constitucional, en Sentencia T-180 de 2015, puntualizó:

"si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo";

En punto a este cardinal aspecto, en la Sentencia SU-913 de 2009, la misma Corporación, determinó:

"en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular"

Recientemente, en la Sentencia T-340 de 2020, la Corte Constitucional ratificó la vigencia de su precedente acerca de la procedencia de la acción residual para discutir controversias que involucran derechos fundamentales de los participantes en el marco de los concursos de méritos, señalando;

"(...) Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales. (...) En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019" (subrayado por el despacho).

En congruencia con el precedente jurisprudencial citado, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa tendientes a impugnar las decisiones adoptadas dentro del trámite de concurso de méritos, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo, debido a la duración de su trámite, pues dichas controversias requieren decisiones rápidas, que solo es posible mediante la acción de tutela, teniendo en cuenta, eso sí, las particularidades del caso de que se trate.

Caso Concreto

Previo a resolver el problema jurídico planteado, se torna inexorable la adecuada verificación de los requisitos generales de procedibilidad, de cara a las especiales circunstancias expuestas por la promotora de la presente acción constitucional, así:

En el asunto sub judice, se presenta un conflicto, tal como reza el artículo 86 Superior, de relevancia constitucional, por cuanto, en principio, trasciende el ámbito de la mera legalidad e involucra la posible vulneración de los derechos a la igualdad, de petición, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital, al principio de publicidad y de confianza legítima, cuyo carácter es fundamental.

En lo que concierne a la legitimación por activa, la acredita la accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, como participante del Concurso de Méritos de que se trata, y quien considera que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados con ocasión del mismo, por parte de las entidades accionadas.

La legitimación por pasiva como requisito de procedibilidad de la acción constitucional se encuentra igualmente satisfecha, toda vez que la presente

acción se dirige contra la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, la Universidad Nacional de Colombia y la Alcaldía Municipal de Duitama Boyacá, entidades involucradas en el marco de la convocatoria citada mediante Acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para proveer el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, proceso de selección territorial 2019 del referido ente territorial, en el cual se encuentra participando la tutelante, antes que, según asevera la misma, le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En cuanto al requisito de inmediatez, de conformidad con los hechos expuestos y los medios de convicción allegados tanto por la accionante como por las entidades accionadas y vinculadas, se advierte que aunque la inscripción de la tutelante a la convocatoria citada mediante acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, se realizó hace más de dos años, bajo las condiciones previstas en el numeral 2.1. del anexo del precitado acto de convocación, sin que en ese momento se formulara objeción alguna, por lo que podría afirmarse que el aludido presupuesto de procedibilidad no se actualiza en razón al término transcurrido para la interposición de la solicitud de amparo, sin embargo, como quiera que el reclamo de la petente surgió a partir de la publicación de los resultados preliminares de las pruebas escritas que tuvo lugar el 13 de septiembre de 2021 y éste no tuvo vocación de prosperidad, dicha circunstancia dio lugar a promover la presente actuación dentro del marco temporal razonable para la defensa de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, en lo que atañe a la subsidiariedad, tal como se indicó en párrafos anteriores, la Corte Constitucional ha considerado que la tutela es el mecanismo idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales, pese a la existencia de otros medios ordinarios para efectuar dichas reclamaciones, porque el trámite de éstos puede resultar dispendioso y la demora en su resolución podrían hacer inócua la orden judicial impartida al interior de los mismos, ante la imperiosa necesidad de brindar una solución inmediata al afectado, por lo que en este caso puede tenerse por cumplido, amén de que la accionante hizo uso del mecanismo con que contaba al interior del concurso de méritos como lo fue la presentación de reclamaciones dirigidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Nacional de Colombia.

En esa medida, el despacho determinará si se conculcaron los derechos fundamentales de la accionante, al agotar el proceso de selección promovido mediante el Acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para proveer el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, proceso de selección territorial 2019 de la Alcaldía de Duitama Boyacá, sin exigir como requisito habilitante la acreditación de la tarjeta profesional de archivista, contraviniendo presuntamente lo expuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 1409 de 2010, por no habersele ofrecido respuesta positiva a su petición de revisión de la calificación obtenida en las pruebas de competencias básicas, funcionales y comportamentales, la corrección de resultados de valoración de antecedentes, ni la aclaración de los requisitos de los cargos ofertados en la convocatoria.

Con tal propósito, luego de escrutar los medios de convicción, en concordancia con las réplicas allegadas por las entidades accionadas y vinculadas, se advierte que en el mencionado Acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, se establecieron las etapas, reglas y requisitos a tener en cuenta en el marco de la convocatoria dispuesta por la Alcaldía Municipal de Duitama, con el auspicio de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Nacional, para la provisión de los empleos vacantes de carrera administrativa, en particular el del cargo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319 de la Alcaldía de Duitama, al que se postuló la accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, debiendo destacarse que en el artículo 11 del precitado acto administrativo, con antelación al inicio del correspondiente proceso de selección, con suma claridad se estableció que los aspirantes, previo inicio de su trámite de inscripción, debían tener en cuenta las condiciones previstas en el numeral 2.1. del anexo del acuerdo, resaltando el contenido del literal i), que señala: "*i) Con la inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones contenidas en la Convocatoria y en los respectivos reglamentos relacionados con el proceso de selección*".

Así, en plena concordancia con lo establecido en el artículo 2.26.4 del Decreto 1083 de 2015, que indica; "*Modificación de la convocatoria. Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección. - Iniciadas las inscripciones, la convocatoria solo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, por la entidad responsable de realizar el concurso. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la convocatoria. -(...)*", refulge evidente que la demandante en tutela Ochoa Avendaño, al inscribirse a la convocatoria y continuar con las etapas en ella previstas, aceptó las condiciones y reglamentos diseñados para tal fin, resultando inaceptable que luego de agotadas las fases del concurso, manifieste una inconformidad que no puso de manifiesto a tiempo, pretendiendo de forma tardía y en contravía de los derechos de los demás participantes en el proceso de selección, que se modifiquen unos requisitos que entonces reconoció y aceptó sin objeción alguna, los que imperan de forma integral para todos los concursantes, por lo que no puede aducir que se encuentra en desventaja frente a los demás participantes de la convocatoria ni que en su caso particular se le hubieren menguado sus derechos, en razón a no exigirse como requisito habilitante para participar en la convocatoria la acreditación de la tarjeta profesional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el acto de convocatoria es la norma que regula el concurso de mérito, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T- 180 de 2015, cuando precisa que; "*El concurso de mérito debe estar investido con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal*"; es perentorio afirmar que la presente acción no está llamada a prosperar, como bien lo pusieron de presente las entidades accionadas al dar respuesta a las reclamaciones deprecadas por la petente, luego de conocer los resultados preliminares de las pruebas escritas.

En adición a lo anterior, debe ponerse de presente, que a través de la Convocatoria No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para proveer el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, proceso de selección territorial 2019 de la Alcaldía de Duitama (Boyacá), se propendió, entre otras cosas, por garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública de todos los participantes de dicho concurso y el principio constitucional del mérito, dentro de los cuales se encuentra inmersa la aquí accionante, por superar todas las etapas del mismo y que como ella, ocupan su respectivo lugar dentro de la lista de elegibles consolidada de acuerdo al mérito demostrado en las pruebas correspondientes.

Sobre el particular, debe advertir este despacho que, una vez la lista de elegibles adquiere firmeza, quienes allí se encuentren incluidos, adquieren el derecho a ser nombrados en las vacantes disponibles, en estricto mérito u orden descendente de puntajes, y acorde con la disponibilidad efectiva de vacantes durante la vigencia de la lista.

Lo anterior, en respeto a lo consagrado en el artículo 58 Superior y al Acuerdo de la Convocatoria, esto es, que se considera que por la circunstancia mencionada de formar parte de una lista de elegibles que cobró firmeza, ha ingresado tal derecho adquirido al patrimonio de su titular, configurando una situación particular y concreta a su favor que no puede ser desconocida ni menoscabada por la administración, como lo ha resaltado en varios fallos la Corte Constitucional, entre ellos, en la Sentencia de Unificación SU-913 de 2009 -reiterado entre otras en la sentencia T-180 de 2015-, donde se indicó que la lista de elegibles en firme solo es modificable por orden judicial, resaltando la Corte que ello implica, entre otros, respeto por la confianza legítima de los concursantes que se sometieron a las reglas de la convocatoria.

En ese sentido, debe relievase igualmente lo decantado por la Corte Constitucional en la Sentencia T 156 de 2012, en torno a lo lesivo para los derechos fundamentales que puede resultar el desconocimiento de los efectos vinculantes de listas de elegibles en firme, por cuanto allí se señaló;

"(...) Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia en el sentido de que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables, una vez publicadas y se encuentran en firme", y en cuanto a que "aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido"

Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho adquirido que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concursos de méritos a ser nombrados en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo; en palabras de la Corporación, la Corte mediante 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 -ganar en concurso-, 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.

Es esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también "equivaldría a vulnerar el principio de buena fe -artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que había ocupado el primer lugar ..."

El referido criterio en cuanto a que las listas de elegibles en firme sólo pueden ser modificadas por orden judicial, fue convalidado en la Sentencia T-049 del 11 de febrero de 2019, con ponencia de la H. M. Cristina Pardo Schlesinger, donde se precisó;

"Así las cosas, esta Sala estima que la acción de amparo es procedente pues al momento en que se interpuso no existía lista de elegibles ya que esta solo se conformó mientras se adelantaba la revisión al interior de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales".

En tal sentido, las listas de elegibles en firme y durante su vigencia, se tornan en actos administrativos que -a pesar de su naturaleza plural- crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto respecto de quienes la conforman, y no pueden ser desconocidos por parte de la administración, entre ellos el derecho a ser nombrado en período de prueba, pues la Convocatoria no solo es ley para los aspirantes en tal aspecto, sino también para la respectiva entidad pública, en el caso concreto, para la Alcaldía Municipal de Duitama, dada la fase en que se encuentra el proceso de selección en el que participó la aquí tutelante, en armonía con lo regulado en la Ley 909 de 2004 art. 31-5, el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015 y demás normas concordantes.

Ahora bien, si fuese escaso el argumento esgrimido sobre la improcedencia de la presente acción por la censura tardía manifestada por la accionante en cuanto a la falta del requisito de acreditación de la tarjeta profesional, se precisa destacar que la presente acción no está llamada a prosperar como mecanismo transitorio al no estar acreditado en este asunto la existencia de un perjuicio irremediable que implique la inminente afectación de los derechos fundamentales deprecados por la demandante en Tutela Leidy Johanna Ochoa Avendaño, pues lo cierto es que en el infolio no se acreditó por alguno de los medios probatorios que consagra el artículo 165 del Código General del Proceso, que las entidades accionadas hubieren actuado de manera irrazonable o desproporcionada o hubieren atentado de forma directa contra su estabilidad laboral o económica, por lo que por este otro motivo, se impone la negativa del amparo suplicado por aquélla.

Bajo este panorama, considera este estrado judicial que el mecanismo idóneo para el control judicial de la constitucionalidad del proceso de selección adelantado por la Alcaldía Municipal de Duitama, en conjunto con la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Nacional, dispuesto mediante Acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para la provisión de los empleos vacantes de carrera administrativa, en específico la del cargo

denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, en el que la accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, ostenta el tercer lugar en la correspondiente lista de elegibles, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud del cual podrá, si fuere esa su voluntad, proponer el correspondiente vicio de nulidad de las actuaciones que en su criterio le afectan, pudiendo incluso requerir que se decreten medidas cautelares dentro del mismo trámite, si a ello hubiere lugar, resultando ser dicho mecanismo el idóneo y eficaz para de evitar la consumación de un eventual daño en su contra y para la salvaguarda de las prerrogativas que aduce conculcadas por el actuar de las entidades accionadas.

De otra parte, como la accionante en el numeral tercero de las pretensiones del libelo genitor requirió *"ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y /o Universidad Nacional de Colombia, efectúe el estudio al que se refiere el numeral anterior, y posteriormente, proceda a autorizar el uso de la lista de elegibles, para que la Alcaldía del Municipio de Duitama efectúe el nombramiento de la actora en el cargos de Técnico OPEC 34319 y sea retirada del mismo como última instancia cuando se haya resuelto el estudio y cambio en los requisitos de las OPEC 34319 código 314 grado 04, OPEC 34374 código 314, grado 05 y OPEC 34314 código 314 grado 05, y artículo 4 de la Ley 1409 de 2010, y exista acto administrativo motivado, al contar con protección intermedia de permanecer en el cargo y ser removida en el último grupo al ser madre cabeza de familia"*, se torna imperioso analizar lo correspondiente a la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Como antes se indicó, atendiendo el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que;

"por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela".¹⁵

En el mismo precedente citado, se dejó clara la procedencia excepcional de este mecanismo tutelar *"para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados"*¹⁶

Ahora bien, en punto de la estabilidad laboral de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, se precisa que el artículo 125 de la Constitución Política, señala que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones que la misma norma prevé, esto es, *"los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales"*, así como los que la ley defina, sumado a los regímenes especiales de creación constitucional. El objetivo entonces de este tipo de provisiones, no es otro más que el de garantizar un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el que su ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no queden sujetos a la mera discrecionalidad del nominador.

¹⁵ Sentencia T-373 de 2017, MP. Cristina Pardo Schlesinger

¹⁶ Sentencia T-016 de 2008, MP. Mauricio González Cuervo

Es de este modo, como la jurisprudencia constitucional ha concluido que *"la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales"*¹⁷

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en diversas ocasiones la sólida posición que sobre el punto en análisis ha venido desarrollando dicha Corporación, respecto a que los funcionarios públicos que ejercen sus funciones en provisionalidad pero que los cargos ocupados por los mismos son de carrera, ostentan es una estabilidad relativa que implica que el *"acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad"*.

En adición a lo anterior, se debe precisar que en tratándose de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, que posee la condición de sujeto de especial protección constitucional, le concurre, a voces de la Corte Constitucional, *"una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa"*¹⁸

En conclusión, hasta el momento puede afirmarse que, en línea de principio, los funcionarios designados en provisionalidad no cuentan con un derecho perpetuo a ser sostenidos en el cargo ejercido por los mismos, dado que lo cierto es que la provisión de los cargos de carrera debe avenirse a las reglas del artículo 125 de la Constitución Política -concurso de méritos-, sin que ello implique que puedan desconocerse o dejar de materializarse lo que se conoce como "acciones afirmativas", en pro de garantizar la protección a sus derechos, esto, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, según lo consagra la Sentencia SU 446 de 2011.

En punto a la calidad de madre cabeza de familia de cara a la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos, ante la existencia de mecanismos procesales específicos para la obtención del reintegro laboral, se ha reiterado, en principio, la improcedencia de su reclamo mediante el amparo constitucional; no obstante, y también como quedó evidenciado en párrafos anteriores, se ha desarrollado su procedencia respecto de personas, con condiciones de especial protección por debilidad manifiesta, como lo son las personas en situaciones de discapacidad, pre-pensionados, madres o padres cabeza de familia, entre otros.

¹⁷ Sentencia T-373 de 2017, MP. Cristina Pardo Schlesinger

¹⁸ Sentencia T-186 de 2013 M,P, Luis Ernesto Vargas Silva

Bajo este hilo argumentativo, la Corte Constitucional ha destacado que la protección a las madres cabeza de familia, es transversal, es decir, debe aplicarse a todos aquellos procesos que impliquen transformaciones y renovación del personal por los empleadores, casos en los que deben adoptarse medidas especiales a favor de las mismas, sin ser necesario que dichas reformas estén supeditadas al marco establecido por la Ley 790 de 2002, conocido como retén social.¹⁹

Teniendo en cuenta que ante el nombramiento de quienes superan el respectivo concurso de méritos, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de éstos, debe resaltarse que esta estabilidad *"encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente"*²⁰

En todo caso, también se ha reconocido por la Corte Constitucional que aunque el ser sujeto de especial protección constitucional, como lo son las madres cabeza de familia *"(...) por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa"*²¹

Por lo anterior, es que se ha venido sosteniendo jurisprudencialmente que antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los sujetos de especial protección constitucional han de ser los últimos en removerse, y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, **siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.**²²

La Corte Constitucional tiene decantados los presupuestos para el reconocimiento de la calidad de madre de familia, habiendo señalado al efecto;

*"Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha destacado que las mujeres cabeza de familia son titulares de una especial protección constitucional, garantía que se deriva de varias fuentes"*²³

(i) El principio de igualdad, que implica el deber de reconocer y brindar un trato especial y diferenciado a los grupos de personas que tienen un alto grado de vulnerabilidad o que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y la consecuente obligación del Estado de promover acciones y medidas para que la igualdad sea real y efectiva.

(ii) El mandato constitucional específico contenido en el artículo 43 Superior, según el cual, es deber del Estado apoyar "de manera especial a la mujer cabeza de familia".

¹⁹ Sentencia T-992 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

²⁰ Sentencia C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009

²¹ Sentencia T-373 de 2017, MP. Cristina Pardo Schlesinger

²² Sentencia T-373 de 2017, MP. Cristina Pardo Schlesinger

²³ Sentencia SU 389 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería

(iii) Los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en cuyo artículo 11 se establece la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la esfera del empleo, así como los prejuicios y las funciones estereotipadas de cada uno de los sexos.

(iv) La garantía del derecho de toda persona a recibir protección integral para su grupo familiar, establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, así como la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevista en el artículo 44 Superior.

25. En razón de lo anterior y en cumplimiento de su deber constitucional de garantizar la igualdad material de los grupos vulnerables o históricamente discriminados, el Legislador ha diseñado e implementado diversas medidas, las cuales se conocen como acciones afirmativas. Particularmente, en el caso de las mujeres cabeza de familia, existen varias normas encaminadas a este propósito.

26. En este sentido, el Congreso de la República expidió la Ley 82 de 1993. En esta normativa, se estableció una definición de mujer cabeza de familia y se incorporaron medidas de protección especial en materia educativa, de seguridad social, apoyo al emprendimiento, acceso a vivienda, entre otros incentivos especiales.

El artículo 2º de la ley reseñada definió a la mujer cabeza de familia como aquella que, sin importar su estado civil, tuviera bajo su cargo "económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar".

27. La Ley 1232 de 2008, reformó la anterior normativa e introdujo dos elementos a la anterior definición: (i) precisó que la mujer cabeza de familia es quien ejerce la "jefatura femenina del hogar" y (ii) señaló que aquella puede tener personas a cargo en el plano económico, social o afectivo. Adicionalmente, fortaleció las medidas de protección en favor de las mujeres cabeza de familia.

28. En suma, esta Corporación ha establecido que "el apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad"²⁴

De conformidad con el precedente evocado, para acreditar la condición de madre cabeza de familia, se deben cumplir los siguientes presupuestos: *(i) que la mujer tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia*

En ese sentido, respecto a las personas en condiciones de debilidad manifiesta, en las que se incluyen las madres cabeza de familia, que hayan sido nombrados en provisionalidad ante la vacancia definitiva del cargo que ostentan, la Corte Constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial, el cual *"consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones*

²⁴ Sentencia T-084 de 2018

*descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial*²⁵

De colofón, resulta menester resaltar que el mérito prima como criterio objetivo para determinar el acceso al servicio público y que los derechos de quienes superan un concurso público de méritos, ya ha sido suficientemente decantado, recabando que prevalecen sobre los de las personas que se encuentran en provisionalidad, reiterando la necesidad de las acciones afirmativas que deben deprecarese respecto a las mismas.

Finalmente, también ha sido afirmado por la Alta Corporación Constitucional que;

*"ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de servidores públicos nombrados en provisionalidad, cuando esté demostrada la desvinculación de una madre que acredite ser cabeza de familia (SU-388 de 2005) y que dicha desvinculación afecta su derecho y el de sus hijos al mínimo vital, el juez de tutela, en principio, debe garantizar la protección constitucional", aunado a lo anterior ha indicado que la estabilidad laboral reforzada que se depreca de las madres cabeza de familia no es una "protección absoluta ni automática, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo sin tener en consideración su condición de mujer cabeza de familia y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral especial o reforzada, siempre y cuando se verifiquen circunstancias particulares tales como el retén social o una afectación al mínimo vital"*²⁶

Bajo el anterior recuento jurisprudencial y atendiendo la petición de protección constitucional reclamada por el apoderado judicial de la accionante Leidy Johanna Ochoa Avendaño, en la que requiere que exista un acto administrativo motivado al contar con protección intermedia de permanecer en el cargo y ser removida en el último grupo por ser madre cabeza de familia, respecto de esto último se precisa que conforme con los precedentes evocados, resulta inexorable que se consolide dicha calidad, en aras de que opere la excepción a la subsidiariedad propia del presente trámite, debiendo resaltar este despacho que en el informativo no obra prueba siquiera sumaria que acredite la condición de madre cabeza de familia de la demandante en tutela, pues es de verse que la única mención de dicha calidad se hizo de manera muy lacónica o somera en las pretensiones de la acción, sin que por parte alguna esté demostrado que aquélla tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar; que esté bajo su responsabilidad exclusiva y permanente la jefatura de su núcleo familiar, o que exista sustracción de los deberes legales de manutención por parte de su cónyuge o compañero respecto a los hijos que ella pueda tener; como tampoco que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de su familia.

De la misma manera, tampoco se otea en la actuación que la accionante hubiere puesto de manifiesto sus condiciones personales ante la Administración Municipal de Duitama, a efectos de que por parte de la misma como su empleador, se adelantaran las acciones afirmativas de que trata el parágrafo

²⁵ Sentencia SU 446 DE 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretell Chaljub

²⁶ Sentencia T-003 de 2018

2º, artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 de Decreto 498 del 4 de marzo de 2020, y conforme a los lineamientos trazados al respecto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin que en la réplica allegada por el ente territorial ninguna mención se hiciera, de la cual pudiera evidenciarse que la petente se pueda calificar como madre cabeza de familia, por lo que sin que sea necesario necesario ahondar en mayores discernimientos, puede decirse que no se cuenta con elementos de convicción que permitan afirmar la concurrencia de la calidad de madre cabeza de familia de la accionante y al no tener por contera acreditada la condición de debilidad manifiesta o de sujeto de especial protección, el amparo reclamado frente a este aspecto también resulta improcedente.

Finalmente, y en lo que atañe al derecho de petición invocado por la accionante, fundamentado en que presentó derecho de petición el 12 de octubre de 2021, ante la Universidad Nacional de Colombia, para que se revisara la calificación obtenida en las pruebas de competencias básicas, funcionales y comportamentales y para que se tuviera en cuenta la Resolución 629 de 19 de julio de 2018, así como lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1409 de 2010, así como el 1º de diciembre de 2021 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, requiriendo corrección del resultado de valoración de antecedentes y aclaración de los requisitos de los cargos que se ofertan en la Convocatoria CNSC Boyacá, Cesar y Magdalena, en la Alcaldía de Duitama para las OPEC 34374, 34407 y 34319, sin obtener respuesta alguna se imponen las consideraciones subsiguientes.

El artículo 23 de la Constitución Política, consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En desarrollo del texto Superior, la Ley 1755 de 2015 reguló todo lo concerniente al derecho fundamental de petición, en los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho comprende: (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que se entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas.

En Sentencia T-077 de 2018, con ponencia del H. M Antonio José Lizarazo Ocampo, el Alto Tribunal Constitucional reiteró que el ejercicio del derecho de petición se rige por las siguientes reglas y elementos de aplicación:

“ 1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.

2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.

3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.

4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.

5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.

6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiere darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.

7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.

8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.

9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado".

Posteriormente, mediante Sentencia T-044 del 6 de febrero de 2019, con ponencia de la H.M. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corporación Constitucional reiteró los elementos integradores del derecho de petición, así:

"(i) Prontitud. Que se traduce en la obligación de la persona a quien se dirige la comunicación de darle contestación en el menor tiempo posible, sin que exceda los términos fijados por la Ley 1755 de 2014. En aras de fortalecer esta garantía el Legislador previó que la ausencia de respuesta puede dar lugar a "falta para el servidor público y (...) a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario." (ii) Resolver de fondo la solicitud. Ello implica que es necesario que sea clara, es decir, inteligible y de fácil comprensión ciudadana; precisa de modo que atienda lo solicitado y excluya información impertinente, para evitar respuestas evasivas o elusivas; congruente, o que se encuentre conforme a lo solicitado de modo que lo atienda en su totalidad; y consecuente con el trámite que la origina, cuando es el caso en que se enmarca en un proceso administrativo o una actuación en curso, caso en cual no puede concebirse como una petición aislada. (iii) Notificación. No basta con la emisión de la respuesta sino que la misma debe ser puesta en conocimiento del interesado y, ante el juez de tutela. Ello debe ser acreditado".

Por su parte, el Decreto Legislativo 491 de 2020, en su artículo 5o, expedido al amparo de la Emergencia Sanitaria declarada por el gobierno nacional, aún vigente, por virtud de la pandemia del Covid 19, previó la ampliación de los términos anteriormente referenciados para atender las peticiones, previendo;

"Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción. (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la

petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo. - En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011."

A la luz del panorama legal y jurisprudencial citado, y de conformidad con los medios de convencimiento incorporados a la presente actuación constitucional, se precisa señalar que aunque al cartulario no se adjuntó la constancia de envío de las solicitudes mencionadas en el libelo genitor, no puede desconocerse que la accionante formuló un primer derecho de petición el 12 de octubre de 2021, y otro, el 10 de diciembre siguiente, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, de cuyo texto se deduce que tales peticiones se formularon de forma conjunta ante las dos entidades, denotándose que a los concursantes se les advirtió que las reclamaciones allegadas de forma extemporánea y por vías diferentes a la plataforma SIMO, no podían ser consideradas al no atender la reglamentación de la convocatoria.

Con todo, aunque de parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se acreditó respuesta a las referidas peticiones, en virtud de lo indicado en el Contrato de Prestación de Servicios 681 de 2019, que incluyó la obligación en cabeza de la Universidad Nacional, de dar respuesta a las reclamaciones y solicitudes en los términos legales, se estima necesario precisar que la postulación de la accionante en últimas fue resuelta por dicho claustro universitario, quien era el competente para responder conforme a sus obligaciones contractuales, mediante oficio signado en diciembre de 2021, refiriéndose de forma oportuna y de manera concreta a cada una de las reclamaciones enarboladas por la accionante, reclamaciones que dicho sea de paso ya habían sido estudiadas y resueltas al resolver la reclamación del 20 de septiembre de 2021; en consecuencia, refulge evidente que a la solicitud de la tutelante se le dio respuesta, ilustrándola sobre sus inquietudes, debiendo acotar que en este interregno procesal resultaría inane impartir una orden de respuesta a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyo sentido no sería otro que el de enviar la solicitud elevada ante la misma, a la entidad competente, la Universidad Nacional de Colombia, en la forma prevista en la Ley 1755 de 2015, para que esta última reiterare una respuesta que ya fue otorgada por la misma, tal como se vio.

Bajo estos supuestos y sin que sea necesario acudir a otros razonamientos, la pretensión relacionada con la protección reclamada frente al derecho de petición de la acción, deviene frustránea, así como lo fue, conforme a las consideraciones atrás proyectadas, la queja enfilada contra el Acuerdo No. CNSC.20191000004936 del 14 de mayo de 2019, para la provisión del cargo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 4, identificado con la OPEC No. 34319, frente a lo cual la accionante cuenta con mecanismos de defensa idóneos y eficaces para controvertir el mentado acto administrativo, sin que hubiese acreditado la existencia de un perjuicio irremediable con la connotación exigida por la jurisprudencia constitucional, como tampoco la condición de sujeto especial de protección constitucional, debiéndose por contera, negar por improcedente el amparo deprecado por la misma.

DECISIÓN:

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR por improcedente, el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso, mínimo vital, principio de publicidad y confianza legítima, invocados por el apoderado judicial de la señora Leidy Johanna Ochoa Avendaño, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad Nacional de Colombia y la Alcaldía Municipal de Duitama (Boyacá), según lo proyectado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: LEVANTAR Y DEJAR SIN EFECTO ALGUNO, la medida provisional decretada en el auto admisorio de la presente acción de tutela, relativa a la suspensión del procedimiento para proveer los empleos vacantes, de la Convocatoria Cesar, Magdalena y Boyacá, para las OPEC 34319 código 314 grado 4, OPEC 34374 Código 314, grado 4 y OPEC 34314 Código 314 grado 5, de acuerdo a los razonamientos consignados en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Nacional de Colombia, que dentro del término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído, procedan a publicar el presente fallo en su página web, a fin de que de la misma tengan conocimiento los inscritos y demás interesados en la Convocatoria Cesar, Magdalena y Boyacá para las OPEC 34319 código 314 grado 4, OPEC 34374 Código 314, grado 4 y OPEC 34314 Código 314 grado 5.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia a las partes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de que este fallo no sea impugnado.

CUMPLASE,


SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA
Jueza