



JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
POPAYÁN-CAUCA

SENTENCIA No. 07

Proceso: Acción de Tutela
Radicado: 190013107003-2024-30007-00
Accionante: DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA
Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Vinculado: PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA AL EMPLEO DENOMINADO TECNICO AREA SALUD, CÓDIGO 323, GRADO 4, IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC NO. 21273, PROCESO DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 GOBERNACION DEL CAUCA

Popayán (C), ocho (08) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO A TRATAR

Resolver la tutela instaurada por el señor **DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA**, en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, con vinculación oficiosa de los **PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA AL EMPLEO DENOMINADO TECNICO AREA SALUD, CÓDIGO 323, GRADO 4, IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC NO. 21273, PROCESO DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 GOBERNACION DEL CAUCA**, por la presunta violación de los derechos fundamentales de ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA, IGUALDAD, TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS y DEBIDO PROCESO.

ANTECEDENTES

1. ACCIONANTE

El accionante relata que participó en la convocatoria 1136 de 2019 de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-, para el cargo de carrera administrativa del empleo denominado TECNICO AREA SALUD, Código 323, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 21273, PROCESO DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 GOBERNACION DEL CAUCA, del sistema general de carrera administrativa, superando todas las pruebas y etapas del concurso de mérito, ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles, de acuerdo a la Resolución No. 5864 del 10 de noviembre de 2021, que contiene la lista de elegibles, la comisión de personal de la Gobernación del Cauca, solicitó la exclusión del concursante que ocupó el primer lugar, la CNSC, mediante Resolución No. 427 de 30 de enero de 2023, resolvió la solicitud, decisión que fue objeto de recurso por parte del señor LUIS FERNANDO ARANGO HERNANDEZ, la CNSC, mediante Resolución No 5312 del 10 de abril de 2023, negó el recurso, la coordinadora de gestión de talento humano de la Gobernación del Cauca, mediante comunicación, el 24 de mayo de 2023, le responde un derecho de petición en la que indica que no cumple con los requisitos para el cargo y le notifica a la CNSC dicho incumplimiento, sin embargo, no hay una solicitud de exclusión, mediante derecho de petición con radicado No. 2023RE197691 del 15 de octubre de 2023, elevado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, confirma que consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, constata que no cumple con los requisitos de estudio y experiencia para del cargo a proveer, sin embargo, no ha sido notificado a través de la plataforma SIMO y no ha podido exponer sus argumentos para controvertir la decisión.

Por consiguiente, el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA invoca este amparo para reconocer vulnerados los derechos aludidos y en consecuencia, ordenar a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, notificarlo en la plataforma SIMO para tener el derecho a controvertir la decisión y los argumentos de la comisión de personal de la Gobernación del Cauca que decidió no avalar los requisitos de estudio y experiencia que presentó para el cargo – y en caso de no tener el derecho a controvertir dicha decisión, le explique porque no se adelantó el proceso de exclusión de la lista de elegibles.

1.2. TRÁMITE

La tutela fue admitida mediante auto interlocutorio No. 017 del 30 de enero de 2024, el cual fue debidamente notificado a las partes.

2. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Por intermedio del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializado, se notificó a los entes accionados del presente trámite constitucional.

2.1 INTERVENCIÓN COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

El día 02 de febrero de 2024, la entidad manifiesta que sus actuaciones están ajustadas a derecho, que no ha vulnerado los derechos del accionante, que esta acción es improcedente, en virtud del principio de subsidiaridad, que para controvertir los actos administrativos se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, para controvertir su inconformidad frente al trámite de exclusión, dentro del concurso, que no esta acreditado un perjuicio irremediable para la procedencia del amparo que aquí pretende. Que la CNSC, adelantó el Proceso de Selección No. 1136 de 2019 en la modalidad de concurso abierto para proveer por mérito, las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa pertenecientes a la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE CAUCA, que conformó y adoptó, en estricto orden de mérito, la lista de elegible para proveer las vacantes definitivas, para la OPEC No. 21273, Resolución No. 5864 del 10 de noviembre de 2021, en la que el accionante ocupó la posición No. 2, para proveer una vacante, la Comisión de Personal de la GOBERNACIÓN DE CAUCA, solicitó la exclusión del aspirante LUIS FERNANDO ARANGO HERNÁNDEZ, la CNSC, profirió la Resolución 427 del 30 de enero de 2023, mediante la cual resolvió excluir al aspirante, decisión confirmada por medio de la Resolución 5312 del 10 de abril de 2023, teniendo en cuenta que no se presentó solicitud de exclusión frente a la posición No. 2 de la lista ocupada por el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, esta cobró firmeza individual el 28 de abril del año 2023, la cual fue comunicada mediante radicado de salida No 2023RS061846 del 9 de mayo de 2023 a la Gobernación de Cauca, el accionante paso a ocupar el puesto No. 1 de la lista, la GOBERNACIÓN DE CAUCA en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° del Acuerdo 0165 de 2020, mediante radicado No. 2023RE099618 del 11 de mayo de 2023, registró la novedad de incumplimiento de requisitos de estudio y experiencia, que le informó al accionante mediante radicado No. 2023RS167529 del 27 de diciembre de 2023, que corresponde a la gobernación, garantizar los trámites administrativos para el nombramiento en periodo de prueba o en caso de que no cumpla con los requisitos para la posesión en el cargo, también deberá garantizar

el debido proceso, que corresponde al ente territorial resolver sobre el nombramiento del accionante, que la CNSC, ya adelantó las gestiones de su cargo en el concurso.

2.2. INTERVENCIÓN GOBERNACION DEL CAUCA

Mediante escrito presentado el dos (02) de febrero del año en curso, la entidad, da contestación a la presente acción de tutela manifestando que el derecho de petición presentado estaba encaminado a que se le informara sobre la fecha en que se reuniría la Comisión de Personal de la Gobernación del Cauca con el fin de definir y evaluar si cumplía con los requisitos dentro del proceso para la OPEC 21273, el día 11 de mayo de 2023 registró la certificación de no cumplimiento de requisitos en la plataforma digital SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y el día 2 de junio de 2023 la CNSC aprobó dicha certificación, dando por hecho la abstención del nombramiento en periodo de prueba del accionante por no cumplir con los requisitos para el empleo al cual concursó, que corresponde a la CNSC la competencia para adelantar lo pertinente, que al no haber hecho la exclusión la CNSC, como entidad expidió la certificación de no cumplimiento de los requisitos de estudio ni de experiencia relacionada exigidos para desempeñar el empleo de la referencia, la cual fue cargada en la plataforma SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil para su verificación, que no existe vulneración de derechos fundamentales, que se configura un hecho superado. Solicita negar el amparo deprecado y tener en cuenta el fallo de tutela de fecha 05 de junio de 2023, por el JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, en acción de tutela radicado No. 202305294.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Art. 1 Numeral 1º Inciso 2º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, el Decreto 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para resolver la acción de tutela de la referencia en primera instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y METODOLOGIA DE LA DECISIÓN

Para este Despacho, el problema jurídico a resolver se concreta en establecer si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA, IGUALDAD, TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS y DEBIDO PROCESO, o en su defecto determinar la improcedencia de la acción de tutela.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, y de establecer la procedencia de la acción, este Despacho considera necesario realizar un recuento jurisprudencial respecto de cada uno de los elementos de procedencia del amparo constitucional que exige el Decreto 2591 de 1991 y abordará el marco jurisprudencial sobre el derecho al debido proceso, con la finalidad de visualizar su aplicación en el caso en concreto.

2.1. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA Y PASIVA

La acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y en el Decreto 2591 de 1991, establece que este es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, en nombre propio o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, este amparo debe dirigirse *“contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”*¹ y en consonancia con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen los derechos fundamentales o contra particulares que ejercen dichas funciones o respecto de los cuales existe subordinación.

La tutela fue presentada contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, entidad competente para atender lo solicitado y quienes son responsables de manera conjunta para adelantar las gestiones de nombramiento objeto de este trámite.

Está demostrada la legitimación en la causa por activa del señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, quien es el directo implicado en las decisiones tomadas por la parte accionada así que se beneficia o se perjudica directamente por su actuar, estando legitimado por activa.

2.2. INMEDIATEZ:

El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, así. Además, la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales.² Al respecto, la sentencia SU-961 de 1999 estimó que *“la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”*³. Lo anterior, está confirmado por el precedente contenido en la sentencia SU- 391 de 2016.

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador, en aras de propender por una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza

¹ Artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. “Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

² Sentencia T-049 de 2019 Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

³ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se fundamentan las pretensiones y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un plazo de tiempo razonable.

Ahora bien, este Despacho considera que se encuentra cumplido este requisito puesto que, el tiempo transcurrido entre la comunicacion emitida por la CNSC, de fecha 27 de diciembre de 2023 en la que le informa al accionante que es la Gobernación quien debe garantizar el proceso administrativo respectivo, motivo de inconformidad que aquí plantea y la interposición del presente amparo de tutela es razonable.

2.3 REQUISITO DE SUBSIDIARIDAD

La acción de tutela es procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. *“La constatación de este requisito no puede limitarse a una evaluación formal sobre la existencia de un medio ordinario. Al contrario, en cada caso, el juez constitucional debe valorar las circunstancias en las que se encuentra el peticionario, a fin de determinar si cuenta con la posibilidad real de acceder a la administración de justicia por intermedio de un mecanismo distinto a la tutela”*.

De manera específica en cuanto a este requisito, en el marco de concursos de méritos, la Corte Constitucional ha señalado:

“71. En conclusión, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial dispuesto para resolver las controversias que se derivan del trámite de los concursos de méritos, cuando ya se han dictado actos administrativos susceptibles de control por parte del juez de lo contencioso administrativo, en especial, cuando ya existe una lista de elegibles. Sin embargo, el juez de tutela deberá valorar si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, los medios de control ante la justicia administrativa son eficaces para resolver el problema jurídico propuesto, atendiendo a las subreglas previamente mencionadas, esto es, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante.”⁴
Negrilla fuera del texto.

“5.2 Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y

⁴ Sentencia T 081 de 2022 M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

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.”⁵

Considera este funcionario que se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad en este caso, para estudiar el fondo del asunto teniendo en cuenta que se trata de un asunto de relevancia constitucional por cuanto se trata de una persona que superó todas las etapas de un concurso de mérito, se encuentra en una posición meritoria para ser nombrado, respecto del cual no se solicitó su exclusión y no fue nombrado porque al parecer no cumple con los requisitos de estudio y experiencia requeridos para el ejercicio del cargo, pero no ha tenido la oportunidad de controvertir decisión administrativa, porque no ha sido proferida, no existe un mecanismo ordinario más efectivo para la protección de los derechos que aquí demanda, en ese escenario la acción de tutela es el mecanismo idóneo por su celeridad para verificar la vulneración de los derechos objeto de estudio en este asunto en el caso particular.

2.4 DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, es fundamental y enmarca toda una serie de garantías y prerrogativas tendientes a materializar los derechos de defensa y contradicción y demás en el desarrollo de toda actuación tanto administrativa como judicial, con la certeza de que todo proceso estará bajo el amparo de las normas procesales vigentes, respetando cada una de las etapas establecidas por la ley, tales como notificación, solicitud de pruebas, presentación de recursos para garantizar la doble instancia, entre otros, no pueden omitirse etapas o actuaciones tendientes a ofrecer la salvaguarda de los derechos ya mencionados.

“12.2. La exigencia del derecho al debido proceso administrativo es amplia, por lo que cubre tanto a todas las autoridades públicas o quienes ejercen funciones públicas, al margen de la rama del poder a la que se encuentren adscritos. Por lo tanto, los obligados a garantizar ese derecho son todas las autoridades estatales, como los servidores públicos que cumplen funciones de carácter administrativo, al igual que aquellas instituciones que por ministerio de la ley ejercen funciones públicas o suministran servicios públicos.

12.3. Al tratarse de un derecho de carácter complejo, la eficacia del derecho al debido proceso incorpora diferentes garantías, como son el principio de legalidad, el derecho de contradicción y defensa, el principio de publicidad y los principios de confianza legítima y buena fe. Como lo ha señalado la Corte, el derecho en comento se integra por las prerrogativas de (i) conocer el inicio de la actuación, (ii) ser oído durante todo el trámite, (iii) ser notificado en debida forma, (iv) que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (v) que no se presenten dilaciones injustificadas, (vi) gozar de la presunción de

⁵ Sentencia SU 913 de 2009 M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

inocencia, (vii) ejercer los derechos de defensa y contradicción, (viii) presentar pruebas y a controvertir aquellas que aporte la parte contraria, (xix) que las decisiones sean motivadas en debida forma, (x) impugnar la decisión que se adopte, y (xi) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.(...)”⁶

“(…) **el debido proceso administrativo supone el cumplimiento por parte de la Administración de ciertos parámetros normativos previamente definidos en la ley**, de modo que ninguna de sus actuaciones dependa de su propio arbitrio. Entre dichos parámetros se encuentran los principios de publicidad y debido proceso, los cuales, en los términos del CPACA, exigen el deber de hacer públicos sus actos, así como el de brindar la oportunidad a los interesados para controvertir sus actuaciones. Los recursos administrativos son manifestaciones concretas de estos principios, pues allí se pueden controvertir los hechos y el soporte jurídico que explica una determinada decisión.”⁷ Negrilla fuera del texto

Es necesario en este caso citar el Decreto 1083 de 2015, una de las normas que rige la convocatoria que dispone:

“Artículo 2.2.6.21 Envío de lista de elegibles en firme. En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para **que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso**, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles Conforme lo anterior, una vez comunicadas las listas de elegibles a la Entidad, la autoridad nominadora procederá con la expedición del acto administrativo de nombramiento dentro de los términos establecidos, el cual deberá ser comunicado al interesado en los términos del artículo 2.2.5.1.6 de la disposición previamente advertida.

Teniendo en cuenta que en este caso la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, manifiesta que el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, no cumple con los requisitos de estudio y experiencia, es preciso citar el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia que establece:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)” Negrilla fuera del texto.

⁶ Sentencia T 044 de 2018. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

⁷ Sentencia T 412 de 2017. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Proceso: Acción de Tutela
Radicado: 190013107003-2024-30007-00
Accionante: DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA
Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

En cuanto a la exclusión de un participante de una lista de elegibles el Decreto Ley 760 de 2005, dispone:

“ARTÍCULO 14. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso **podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles** de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos (...)” Negrilla fuera del texto.

En cuanto a los actos administrativos La Corte Constitucional en Sentencia C 542 de 2005, siendo Magistrado Ponente el Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, señaló:

“El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados.”

En cuanto a la motivación de los actos administrativos, la Corte Constitucional en Sentencia SU-250 de 1998, M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, trae a colación lo siguiente:

*“La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente : la motivación es interna corporis, no externa ; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que **la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión(...)***

*(...) Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros **la motivación se orienta al convencimiento de las partes , eliminando cualquier arbitrariedad** y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, **lo cual permite la viabilidad de los recursos** . En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, **la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto (...)**”* Negrilla fuera del texto.

“Existencia de instrumentos que permiten la corrección de las irregularidades y equivocaciones cometidas por la Administración. En razón de lo anterior, el ordenamiento jurídico ha dispuesto un conjunto de instrumentos y acciones judiciales que permiten subsanar los desaciertos en que hayan incurrido las autoridades. La corrección de las actuaciones administrativas y los recursos de reposición y apelación , que se emplean en

el curso de las actuaciones administrativas, les brindan a aquellas la oportunidad de ajustar sus actuaciones a las normas pertinentes. Son mecanismos de autotutela, en los cuales la propia Administración sujeta, bien sea de manera rogada o espontánea, sus determinaciones a los dictados del ordenamiento. **Cuando ello no ocurra, los administrados podrán recurrir a los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, que ponen en marcha el funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** Este engranaje de instituciones, administrativas y judiciales, depura los actos de la Administración de desaciertos e infracciones al ordenamiento. Su sentido quedaría plenamente desvirtuado de admitir situaciones como las referidas anteriormente.” ⁸ Negrilla fuera del texto

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

El señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, interpuso acción de tutela ante este Despacho para que se declare la vulneración de los derechos fundamentales de ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA, IGUALDAD, TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS y DEBIDO PROCESO, al no poder controvertir la actuación de las accionadas cuando afirman que no cumple con los requisitos de estudio y experiencia laboral para el cargo al que concursó y ocupa el primer puesto de la lista de elegibles.

La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, manifiesta que no ha vulnerado derecho alguno, que efectivamente el accionante ocupa actualmente el primer lugar en la lista de elegibles, pero la Gobernación del Cauca, reportó en SIMO que no cumple con los requisitos de estudio y experiencia requeridos para el cargo, indica que no se solicitó la exclusión de la lista del participante y que una vez en firme la lista de elegibles las actuaciones posteriores quedan a cargo del nominador. Por su parte la GOBERNACION DEL CAUCA, indica que ya cargo en SIMO el reporte de no cumplimiento de requisitos de experiencia y estudio por parte del accionante, lo que da por hecho que se abstiene de nombrarlo y por ello no ha vulnerado derechos.

1.1. ANALISIS PROBATORIO Y APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Previo a resolver la presente acción debe valorarse si existe cosa juzgada constitucional en razón al fallo de tutela de fecha 05 de junio de 2023, proferido por el JUZGADO QUINTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, radicado No. 2023-05294, aportado por la GOBERNACION DEL CAUCA.

Revisado el fallo de tutela se advierte que el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, interpuso acción de tutela en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, para la protección de sus derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y trabajo en condiciones dignas y justas, debido proceso, confianza legítima y derecho de petición, como hechos indicó su participación en el concurso aquí mencionado, la exclusión del primer participante y la presentación de petición el día 18 de abril de 2023 ante la

⁸ Sentencia SU 067 de 2022, M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Proceso: Acción de Tutela
Radicado: 190013107003-2024-30007-00
Accionante: DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA
Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Gobernación del Cauca, para que le informara la fecha en que se reuniría la Comisión de Personal, para tomar decisión sobre su caso, sin obtener respuesta de la entidad, por tanto el estudio que se efectuó en dicha oportunidad versa sobre la vulneración el derecho de petición señalado, declarándose un hecho superado ante la emisión de respuesta por parte de la GOBERNACION DEL CAUCA, para que se configure cosa juzgada constitucional deben coincidir accionante y accionado, hechos y pretensiones, lo que no sucede en este caso, pues se advierte que el accionante conociendo la respuesta de la gobernación, acudió mediante petición ante la CNSC, para tratar de aclarar su situación frente a su expectativa de nombramiento en el cargo al que optó y acude a este mecanismo de defensa porque no se le ha brindado la oportunidad de controvertir las afirmaciones de la accionada tal como sucedió en el caso del señor LUIS FERNANDO ARANGO HERNANDEZ, respecto de quien se solicitó exclusión de la lista y se le dio la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, existiendo nuevos hechos y pretensiones debe continuarse con el estudio del presente caso.

Compete entonces a esta judicatura adentrarse en el análisis de las pruebas aportadas a esta acción constitucional, para establecer si tal como lo manifiesta la parte accionante, la entidad accionada ha quebrantado los derechos fundamentales elevados.

En síntesis, dentro del libelo de la tutela y lo aportado por la parte accionada, encontramos como pruebas relevantes Resolución No. 5864 10 de noviembre de 2021, mediante la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer una vacante del empleo denominado TECNICO AREA SALUD, Código 323, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 21273, PROCESOS DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 - GOBERNACION DE CAUCA, en la que el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, ocupó el segundo lugar, Resolución No. 427 30 de enero del 2023 mediante la cual la CNSC, atendiendo solicitud de exclusión presentada por la GOBERNACION DEL CAUCA, resuelve excluir de la Lista de Elegibles al señor LUIS FERNANDO ARANGO HERNÁNDEZ, quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, a quien le ordena notificarle la decisión comunicándole los recursos que proceden y termino para interponerlos, adjunta Resolución No. 5312 de 10 de abril del 2023, mediante la cual la CNSC, confirma la decisión de exclusión del aspirante No. 1, aporta oficio AGTH-071-2023, mediante el cual la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, mediante el cual le informa que revisada la documentación que obra en SIMO, no cumple con los requisitos de estudio y experiencia para el cargo, información que le comunicó a la CNSC, obra oficio con radicado No. 2023RS167529 de fecha 26 de diciembre de 2023, mediante el cual la CNSC, atiende petición del accionante relacionada con información de solicitud de su exclusión de la lista, quien le da a conocer que *"la entidad nominadora deberá garantizar los trámites administrativos necesarios para efectuar el nombramiento en periodo de prueba y en el caso que evidencie que el elegible no cumple con los requisitos para la posesión en el cargo, también deberá garantizar el debido proceso establecido en las normas de carrera administrativa"*

La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por su parte aporta las resoluciones que fueron aportadas por el accionante y además oficio radicado No. 2023RS061846 de fecha 09 de mayo de 2023, mediante el cual le comunica a la

GOBERNACION DEL CAUCA, la firmeza de la lista de elegibles Proceso de selección territorial 2019, para el empleo identificado con código OPEC 21273 y le indica que se recompuso la lista teniendo en cuenta la exclusión del primer aspirante.

La GOBERNACION DEL CAUCA, aportó copia del fallo de tutela No. 32 de fecha 05 de junio de 2022, certificación de talento humano de fecha 09 de mayo de 2023, donde se indica que el señor DIEGO FELIPE MARTINEZ MOLINA, no cumple con los requisitos de estudio y experiencia para el cargo al que concursó, adjunta captura de pantalla de banco nacional de lista de elegibles con reporte de novedad con fecha de registro de 11 de mayo de 2023 y de aprobado 02 de junio de 2023, se lee *"SE REGISTRA CERTIFICACION DE INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS (ESTUDIO Y EXPERIANCIA RELACIONADA) PARA PROCEDER CON EL NOMBRAMIENTO DEL ELEGIBLE EN PERIODO DE PRUEBA"*.

De acuerdo a los documentos que obran en el expediente e información de la CNSC, el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, participó en la CONVOCATORIA AL EMPLEO DENOMINADO TECNICO AREA SALUD, CÓDIGO 323, GRADO 4, IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC NO. 21273, PROCESO DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 GOBERNACION DEL CAUCA, quien en virtud de la exclusión del señor LUIS FERNANDO ARANGO HERNANDEZ, actualmente ocupa el primer lugar de la lista de elegibles, la que se encuentra ejecutoriada, situación que le fue comunicada a la GOBERNACION DEL CAUCA, por parte de la CNSC.

Es importante en este asunto manifestar que de conformidad con las normas vigentes que rigen los concursos de mérito, una vez publicada la lista de elegibles, la entidad nominadora dentro del término de 5 días siguientes a su notificación, puede solicitar la exclusión de los aspirantes en ciertos casos, entre ellos, cuando no cumplen con los requisitos para el cargo, una vez elevada la solicitud la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, adelanta el proceso administrativo respectivo, comunicándole al interesado la existencia del mismo para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción, mediante acto administrativo resuelve la solicitud, ordena la notificación del interesado y le da a conocer los recursos que proceden contra la decisión, en evento de interposición de recursos los resuelve mediante acto administrativo.

Revisados los actos administrativos expedidos por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, para la exclusión del aspirante LUIS FERNANDO ARANGO HERNANDEZ, se advierte que hace un análisis detallado de los requisitos de estudio y experiencia laboral exigidos para el ejercicio del cargo al que se postuló, efectuando la respectiva comparación con las normas que rigen el concurso, explica que documentos son válidos y cuáles no, en conclusión el acto administrativo esta debidamente motivado y durante el curso de la actuación al aspirante se le garantizó su intervención en el proceso.

Es claro que una vez la lista de elegibles es publicada, la entidad nominadora puede solicitar la exclusión de un participante en los casos que la ley lo establece, lo que en este caso efectivamente sucedió respecto del aspirante que ocupó el primer lugar, pero no respecto del segundo, actuación que dio lugar a la recomposición de la lista y en tal caso el aquí accionante paso a ocupar el primer

lugar, al no haberse solicitado su exclusión no fue objeto del proceso administrativo respectivo, la facultad para solicitar la exclusión de un aspirante, se insiste esta en cabeza del nominador, corresponde entonces a este ser diligente y una vez conformada la lista verificar si hay lugar o no a iniciar dicho proceso para que el mismo se adelante bajo el amparo de las garantías del debido proceso, derecho de rango constitucional, más en este caso, la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, al advertir que el aspirante que ocupó el primer puesto no cumplía con los requisitos, debió valorar si el segundo lo hacía o no, pues era eventualmente quien ocuparía el primer lugar, tal como efectivamente sucedió, como no previo la situación, se genera el inconveniente que aquí se debate.

Ahora bien, en firme la lista de elegibles, corresponde al nominador de acuerdo a las normas citadas en precedencia *"dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles Conforme lo anterior, una vez comunicadas las listas de elegibles a la Entidad, la autoridad nominadora procederá con la expedición del acto administrativo de nombramiento dentro de los términos establecidos, el cual deberá ser comunicado al interesado en los términos del artículo 2.2.5.1.6 de la disposición previamente advertida"*, la norma habla claramente de la expedición de un acto administrativo, por su parte la norma superior dispone que no hay lugar a nombrar o posesionar en un empleo público a una persona que no cumple con los requisitos para ejercerlo, por tanto, es evidente que efectivamente corresponde al nominador revisar la hoja de vida del aspirante y determinar si cumple o no con los requisitos de experiencia y estudio de acuerdo a la norma que rige el concurso, este es un deber consagrado en la constitución política, actuación que efectivamente estaba obligada a adelantar la gobernación, actuación que si bien efectuó, su proceder no se considera ajustado a derecho, pues se limitó a cargar en SIMO una certificación en la que de manera general señala que el aspirante no cumple con los requisitos de estudio y experiencia, la norma dispone que la entidad debe mediante un acto administrativo nombrar en periodo de prueba, quiere decir que la decisión de nombramiento esta sujeta a tal actuación, entonces mediante acto administrativo debidamente motivado debió abstenerse de nombrarlo, señalando de manera precisa las causas de ello, para garantizar al aspirante el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, no puede válidamente el señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, controvertir una actuación de la administración sin tener siquiera conocimiento de la causa que la origina, menos podrá atacar la misma mediante los medios de control que la ley consagra para tal efecto, si bien el ente territorial señala que el procedimiento administrativo debe ser adelantado por la CNSC, ello no es cierto, pues su actuar esta limitado a las solicitudes de exclusión oportunamente formuladas, pero el termino en este caso para ello se encuentra más que vencido.

De acuerdo a la jurisprudencia transcrita la motivación de los actos administrativos es indispensable para evitar abusos y arbitrariedades por parte del estado, la motivación se constituye como un medio de control de sus actos, tanto en vía gubernativa como judicial, entonces no puede la GOBERNACION DEL CAUCA, limitarse a expedir una certificación y considerar que el interesado debe presumir

que se abstendrá de nombrarlo, pues se insiste debe fundamentar de forma suficiente la decisión al respecto.

Se advierte en este caso que el accionante superó todas las etapas del concurso, que ocupó un puesto meritorio en la lista para ocupar la vacante ofertada, considera este funcionario que una vez en firme la lista la GOBERNACIÓN DEL CAUCA, dentro del término legal estaba en el deber de expedir un acto administrativo ya sea nombrando en periodo de prueba o absteniéndose de hacerlo ante las razones que alega, motivando adecuadamente su decisión, notificando en debida forma al interesado e indicarle si procedían recursos, al no actuar de esta manera a vulnerado el derecho al debido proceso del accionante.

Se considera que el derecho al debido proceso está siendo vulnerado teniendo en cuenta que no se adelantan las gestiones necesarias en el término legalmente establecido y bajo los presupuestos ya señalados.

En derecho al debido proceso se satisface cuando en el trámite administrativo se cumplen las normas y se agotan los procedimientos y parámetros legalmente establecidos, en este caso la entidad accionada, la gobernación se limitó a expedir la certificación ya traída a colación, pero no adelanta las gestiones administrativas que demanda el caso, en debida oportunidad.

“El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Según lo ha explicado esta Corporación⁹, la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el ***derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción. ...***

(...) la Corte ha sostenido que el principio de mérito “constituye plena garantía que desarrolla el principio de la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el

⁹ Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”¹⁰ Negrilla fuera del texto.

En este caso podría alegarse que el aspirante no tiene el merito para el cargo al no contar con los requisitos de estudio y experiencia, tal como indican las accionadas, pero esta situación se insiste no ha sido objeto de debate por parte del accionante, quien ni siquiera conoce las causas concretas, especificas por las que no ha sido nombrado, no puede saber si sus títulos de estudio no fueron valorados o por alguna causa no fueron válidos, igual sucede con la experiencia, y no puede saber si estas exigencias se ajustan a las reglas del concurso o no.

No puede entonces desconocerse el actuar negligente de la GOBERNACION DEL CAUCA, al no expedir la decisión administrativa mediante la cual se abstiene de nombrarlo, siendo una actuación de su competencia, vulnera el derecho al debido proceso, esta situación le impide al señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, controvertir la decisión que en derecho corresponda, omisión que se ha prorrogado por varios meses, sin que a la fecha haya emitido el acto administrativo respectivo,

Así las cosas, en el presente caso se evidencia que la vulneración alegada persiste, el hecho vulnerador no fue superado y las pretensiones del señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, no se encuentran satisfechas.

Es preciso entonces ordenar a la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA que, de manera perentoria en virtud del derecho al debido proceso, expida el acto administrativo motivado mediante el cual resuelva sobre el nombramiento o no del señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, aclarando que de manera alguna se esta ordenando su nombramiento sino la emisión del acto que resuelva al respecto con las debidas explicaciones del caso, igualmente deberá indicarle si proceden recursos contra la decisión.

Cabe señalar que esta orden no contradice el principio de subsidiariedad de la acción de tutela teniendo en cuenta que someter al accionante a un proceso de índole administrativo para la expedición de la decisión administrativa, para luego eventualmente ser controvertida ante la misma administración y la jurisdicción contencioso administrativa, se constituye en una actuación demasiado gravosa que puede tardar y retrasar de manera injustificada la protección de su derecho al debido proceso y la garantía del principio de mérito como garantía constitucional, lo que a su vez genera la vulneración del derecho a la igualdad y acceso a cargos públicos, ya que no sobra recalcar que el actor aun no cuenta con la decisión administrativa necesaria para conocer las causas de su no nombramiento, requisito indispensable para atacar la decisión a través de los mecanismos legales instituidos para ese fin.

En consecuencia, este Despacho encuentra motivos razonables para tutelar los derechos fundamentales invocados.

FALLO

¹⁰ Sentencia T 340 de 2020, M.P. Luis Guillermo guerrero Pérez.

Proceso: Acción de Tutela
Radicado: 190013107003-2024-30007-00
Accionante: DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA
Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

En razón y mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de **ACCESO A CARGOS PÚBLICOS POR CONCURSO DE MÉRITOS, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO y CONFIANZA LEGÍTIMA**, frente a la solicitud de amparo instaurada por el señor **DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA**, acorde con la motivación expuesta en el presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la **GOBERNACION DEL CAUCA**, que en el término de ocho (08) días, expida el acto administrativo motivado mediante el cual resuelva sobre el nombramiento o no del señor DIEGO FELIPE MARTÍNEZ MOLINA, indicándole si proceden recursos contra la decisión, notificando oportunamente al interesado.

TRCERO: NOTIFICAR del presente fallo a las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 por intermedio del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de esta ciudad.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso de IMPUGNACIÓN ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

QUINTO: DISPONER, la remisión del expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, sino fuere impugnado el fallo, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ANDRES MOLANO AUSECHA
Juez