



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

San Juan de Pasto (N), tres (03) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN: TUTELA
PROCESO No.: 2021-00115
ACCIONANTE: OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNCS"
TEMA: CONCURSO DE MÉRITOS
DECISION: FALLO

1. ASUNTO

Dentro del término de Ley, una vez vencido el término otorgado para que la entidad accionada y vinculada den respuesta al requerimiento realizado dentro de la presente tutela, procede el Juzgado a proferir el fallo de instancia dentro del trámite de la acción de tutela referenciada.

2. ANTECEDENTES

El señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, actuando a nombre propio, interpuso acción constitucional de amparo en contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNCS", por cuanto manifiesta que se le está vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, dignidad humana, familia, debido proceso, estudios de hijos menores (derecho de los niños), adulto mayor, igualdad; debido a que la CNCS se encuentra realizando concurso de méritos para proveer el cargo de Inspector de Policía del Municipio de Guaitarrilla – Nariño, cargo que él ocupa y del cual manifiesta no tener los requisitos para ingresar al concurso; por lo cual solicita la protección de sus derechos y en consecuencia, no ofertar el cargo y/o en su defecto se ordene un régimen de transición temporal para que dicho concurso tenga efecto una vez pueda consolidar sus derechos pensionales que permitan derivar su sustento.

PRETENSIÓN: El accionante solicita se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, al trabajo, a la vida digna, derechos del niño, derechos del adulto mayor y a su calidad de protección especial por ser padre cabeza de familia; en consecuencia, solicita se ordene a la entidad accionada no ofertar el cargo de Inspector de Policía del Municipio de Guaitarrilla y/o en su defecto, de manera transitoria se ordene un régimen temporal para que los efectos de dicho concurso tengan efectos una vez pueda consolidar sus derechos pensionales, que le permitan derivar un sustento para la manutención familiar.

3. TRÁMITE JUDICIAL

La acción incoada fue admitida a trámite mediante interlocutorio de 22 de julio del año en curso¹, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNCS", ordenando la vinculación al trámite tutelar del Municipio de Guaitarrilla, de los aspirantes y/o terceros interesados al cargo de Inspector de Policía del Municipio de Guaitarrilla –Nariño, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNCS"; en dicho pronunciamiento se le solicitó presenten los argumentos y pruebas que pretendan hacer valer en su favor, el cual se notificó por correo electrónico institucional el mismo día².

La entidad accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNCS"³, se pronunció frente al requerimiento realizado por este Despacho. El Municipio de Guaitarrilla se abstuvo de contestar la acción constitucional.

¹ Documento denominado "04.AutoAdmision".

² Documento denominado "05.NotificacionAutoAdmision".

³ Documento denominado "06.ContestacionDemandaCNCS".



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

4. ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA

4.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"

La entidad accionada a través de la oficina jurídica, contestó la acción constitucional, manifestando que la acción es improcedente, debido a que, la inconformidad del accionante frente al concurso de méritos que a la fecha se adelanta y que se encuentra contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, más si la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas en el acuerdo y las normas que lo regulan, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Expone diversa normatividad, indicando que, las provisiones definitivas de los empleos públicos de carrera administrativa se deben realizar mediante procesos de selección abiertos y de ascenso, por ende, el carácter de obligatoriedad de las entidades frente a la realización de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera en vacancia definitiva, conforme lo estableció la Corte Constitucional, en Sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011 y la Sentencia T-604 de 2013, al enfatizó la importancia de garantizar la realización de los concursos de méritos.

Informa que, la responsabilidad y obligación de reportar los empleos que serán provistos en las modalidades abierto son exclusivas del Alcaldía Municipal de Guaitarilla y no de la CNSC, aclarando que los Manuales de Funciones y Competencias Laborales son responsabilidad de cada entidad.

Manifiesta que, la Ley 1801 de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, establece en su artículo 206, parágrafo 3, los requisitos mínimos de estudio o formación profesional que deben cumplir los Inspector de Policía 1ª A 6ª Categoría, a fin de desempeñar las funciones o cargo del mismo. Conforme a la ley, se procedió a exponer los requisitos de educación y experiencia consignados dentro del Manual de Funciones y Competencias laborales expedido por la Alcaldía Municipal de Guaitarilla, para el empleo identificado con número OPEC 162269, señalado por el accionante en su escrito de Tutela, dentro del Sistema de Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO. Información que puede ser consultada en el siguiente link <https://simo.cns.gov.co/#ofertaEmpleo>.

En virtud de lo anterior, se resalta que la Alcaldía Municipal de Guaitarilla, no puede modificar el Manual de Funciones y Competencias Laborales de esa entidad, en lo que concierne a los empleos ofertados en el Proceso de Selección No. 2126 de 2021 – Municipios de 5ª y 6ª Categoría, teniendo en cuenta que se deben garantizar las condiciones iniciales bajo las cuales los aspirantes están realizando las inscripciones en el concurso, las cuales deben mantenerse hasta la pérdida de la vigencia de las listas de elegibles que se expidan con ocasión al concurso de méritos.

Reitera que, la provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito, razón por la cual, la CNSC debe adelantar el respectivo concurso de méritos.

4.2. MUNICIPIO DE GUAITARRILLA

No dio respuesta al requerimiento realizado



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

5. PRUEBAS

Se tienen como pruebas allegadas al expediente las siguientes:

1.) Pruebas aportadas por el accionante señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO:

- Documento electrónico PDF identificado con el nombre "03.EscritoTutela", folios 20 a 75, del cual se observan los siguientes documentos:
 - Copia de registro civil de nacimiento de Dhamar Alejandra Bastidas Rodríguez (fl 20)
 - Copia de registro civil de nacimiento de Emiliano Bastidas Maya (fl 21)
 - Copia de tarjeta de identidad de Dhamar Alejandra Bastidas Rodríguez (fl 22)
 - Copia de contraseña de Emiliano Bastidas Maya (fl 23)
 - Resolución No. 129 de octubre de 2008, proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fl 24 a 33)
 - Notificación de la Resolución No. 129 de octubre de 2008 y trámites para su cumplimiento (fl 36)
 - Copia de cédula de ciudadanía de María Nidia Josefina Patiño Vivas (fl 37)
 - Copia de cédula de ciudadanía de Fidel Bastidas Tobar (fl 38)
 - Copias letras de cambio (fl 39 a 40)
 - Decreto No. 007 del 02 de enero de 2012, proferida por la Alcaldía de Guaitarilla (fl 41)
 - Decreto No. 074 del 06 de julio de 2020, proferida por la Alcaldía de Guaitarilla (fl 42 a 53)
 - Copia de sentencia del 06 de noviembre de 2020, emitida por el Juzgado Penal el Circuito de Túquerres, dentro de la acción constitucional 2020-00027 (fl 54 a 68)
 - Denominación del empleo de Inspector de Policía (fl 69 a 75)

6. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA

Se trata de una acción instaurada en contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", donde se vinculó al Municipio de Guaitarilla, por una presunta violación a derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, dignidad humana, familia, debido proceso, estudios de hijos menores (derecho de los niños), adulto mayor, igualdad, por el señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, por lo que, según lo reglado en el artículo 37 del Decreto Reglamentario 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017, este Despacho Judicial resulta competente para conocer en primera instancia.

6.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Tanto el artículo 86 de la Constitución Política, como el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 legitima a todas las personas que consideren vulnerado un derecho para acudir directamente o por conducto de su representante legal ante el Juez Constitucional, a fin de que se le garantice el goce de sus derechos. En el presente asunto, la accionante comparece al proceso de manera personal y directa, argumentando la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, dignidad humana, familia, debido proceso, estudios de hijos menores (derecho de los niños), adulto mayor, igualdad, por parte de la entidad accionada, considerándose por ello legitimada para accionar.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

Cosa igual podemos afirmar de la entidad accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" y vinculada MUNICIPIO DE GUAITARILLA, de la cual se manifiesta la posible vulneración de los derechos fundamentales del accionante y que se encuentran debidamente notificadas⁴; se puede predicar entonces, que existe legitimación por pasiva en la presente acción.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso el Despacho, entrará a determinar:

- 1.) Si la acción de tutela es procedente en el presente asunto.
- 2.) De ser procedente se deberá determinar si la entidad accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" y/o vinculada MUNICIPIO DE GUAITARILLA, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, dignidad humana, familia, debido proceso, estudios de hijos menores (derecho de los niños), adulto mayor, igualdad, del accionante señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, al realizar concurso de méritos para proveer el cargo de Inspector de Policía del Municipio de Guitarilla – Nariño.
- 3.) En caso de ser negativa la respuesta al anterior problema jurídico, determinar si el accionante se encuentra en alguno de las situaciones establecidas por la Corte Constitucional para ser sujeto de especial protección y beneficiario la estabilidad laboral con acciones afirmativas por parte de la entidad empleadora

6.4. TESIS DEL DESPACHO

La Judicatura considera que:

- 1.) La acción de tutela si es procedente en el presente asunto, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, cuando se trata de concursos de méritos.
- 2.) La provisión del cargo de Inspector de Policía del Municipio de Guitarilla – Nariño, a través de concurso de méritos adelantado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" y el MUNICIPIO DE GUAITARILLA, no vulnera los derechos fundamentales del señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO.
- 3.) El accionante si acreditó ser padre cabeza de familia, por lo que es procedente que sea beneficiario de acciones afirmativas por parte del Municipio de Guatarilla para garantizar su estabilidad laboral, sin que ello implique derecho indefinido a permanecer en cargos de carrera administrativa, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

6.5. SOLUCION AL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

Para dar respuesta al problema planteado, se iniciará haciendo mención a **1.** Procedencia de la Acción de Tutela **2.** Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso **3.** Se estudiará el caso concreto.

6.6. MARCO JURISPRUDENCIAL

6.6.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede en los eventos en que haya vulneración o posible amenaza de derechos fundamentales.

⁴ Documento denominado "05.NotificacionAutoAdmision".



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

Adicionalmente, establece que solo se podrá hacer uso de éste cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o si existiendo, es utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, la acción de tutela tiene un carácter residual y excepcional, y, por tanto, reconoce la validez de los recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos idóneos para la protección efectiva de derechos, *"sin embargo, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela"*⁵.

Se impone entonces al interesado la obligación de adelantar todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos, ello atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela, pues su falta de actuar y la falta injustificada de agotamiento de los medios ordinarios de defensa, generan la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional con respecto a la procedencia de la tutela contra las determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos, en la sentencia T-180 del 16 de abril de 2015, indicó que en las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para que pueda controvertirlas, existen ocasiones en que las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos vulnerados, 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 dicha vulneración en el tiempo.

En el mismo sentido se pronunció en la sentencia SU-913 de 2009, cuando señaló que:

"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.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales."

Conforme a lo señalado, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede como mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público, cuando resulten afectadas con las decisiones que se emitan, pues, en algunos casos, las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para proteger los derechos fundamentales conculcados, debido a su complejidad y duración.

⁵ Sentencia T-367 de 2008.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

Bajo ese supuesto y atendiendo al hecho que en este caso se controvierten decisiones adoptadas al interior de un concurso de méritos, y por excepción es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, que amerita una decisión de fondo, ante una presunta vulneración al derecho fundamental del **DEBIDO PROCESO Y A LA IGUALDAD**, por perjuicio irremediable y para proteger un derecho de manera más eficaz, frente a otros mecanismos de defensa que pueden resultar menos idóneos, mientras exista un pronunciamiento definitivo de la autoridad correspondiente, resulta procedente la acción de tutela.

6.6.2. Derecho de acceso a cargos públicos

La Corte Constitucional se ha referido al derecho de acceso a los cargos públicos, prescrito en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución Política, así: *"El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones"*⁶.

En este sentido, se debe buscar garantizar que a quien haya cumplido con lo requerido para participar en un concurso y haya logrado quedar dentro de la lista de elegibles, se le debe respetar lo adquirido, pues acorde con el artículo 58 de la Constitución, el estar en la lista de elegibles no es una mera expectativa sino un derecho adquirido que entra a formar parte del patrimonio de la persona beneficiada; situación que el Estado no puede desconocer actuando arbitrariamente.

6.6.3 Acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos

El derecho de acceso a los cargos públicos está prescrito en el numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política. Aquí se consagra que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo.

El derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, la Corte Constitucional ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así, en la sentencia T-003 de 1992, se señaló al respecto:

"El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho –genérico– cuál es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa."

Así mismo se ha dicho frente al alcance del derecho de acceso a cargos públicos, en la sentencia SU-544 de 2001:

"El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder"

⁶ Sentencia T-257 de 2012. Corte Constitucional



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”

6.6.4. Derecho fundamental debido proceso administrativo

Sobre el debido proceso administrativo la Corte Constitucional ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.

Esta garantía constitucional ha sido entendida como el deber de las autoridades, tanto judiciales como administrativas, de respetar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción⁷ y ha sido definida como *"un principio inherente al Estado de Derecho que posee una estructura compleja y se compone por un plexo de garantías que operan como defensa de la autonomía y libertad del ciudadano, límites al ejercicio del poder público y barrera de contención a la arbitrariedad"*⁸.

Entonces que el derecho fundamental al debido proceso se aplica a toda actuación administrativa, lo que significa que las autoridades deben velar por el cumplimiento del principio de legalidad desde el inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación. Con ello, se busca delimitar la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa⁹.

En la Sentencia T-1021 de 2002, la Corte Constitucional, se refirió a este tema, así:

"Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y, por contera, contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que "toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes".

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

Sobre el debido proceso administrativo la Corte se ha manifestado en reiteradas oportunidades y ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los

⁷ Sentencia T-581 de 2004. Reiterada en la sentencia T-404 de 2014.

⁸ Sentencias C-035 de 2014 y T-404 de 2014. Cfr. Sentencia 1263 de 2001. En esta última providencia la Corte explicó que "el derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales".

⁹ Sentencia T-1082 de 2012.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.

El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales.

El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelante e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución.”

En efecto, si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique”.¹⁰

6.6.5. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa y se encuentran en circunstancias de especial protección vs provisión de cargos por concurso de méritos

En un caso similar al que nos ocupa¹¹, la Corte Constitucional señaló que debe aplicarse la estabilidad laboral de personas sujetos de especial protección, que se encuentren ocupando en provisionalidad cargos de carrera, así:

“3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre 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”¹².

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa¹³, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas

¹⁰ Sentencia T-1021 de 2002. Corte Constitucional. Referencia: expediente T-564507. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dos (2002).

¹¹ Sentencia T-326 de 2014

¹² Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

¹³ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)¹⁴.

*3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011¹⁵, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales **por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados** o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:*

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹⁶, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación¹⁷. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

"(...)

*"(...) Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.***

¹⁴ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁵ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: *i)* si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y *ii)* determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que "[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010".

¹⁶ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

*"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no 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. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negritas originales).*

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027¹⁸; de otro lado, que la accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia. (Negritas y subrayado del Juzgado)

Así mismo, señaló que la estabilidad laboral de los prepensionados, no solo es aplicable a las personas que se encuentren próximas a pensionarse en aplicación del Programa de Renovación de la Administración Pública¹⁹, pues tal estabilidad respecto a personas en circunstancias de vulnerabilidad encuentra su fundamento en normas supralegales²⁰, así lo explicó:

*"4.6. Teniendo claridad acerca de la aplicabilidad de la figura del retén social, es importante explicar que la declaración de insubsistencia de la funcionaria Ana Isabel Velásquez Arias, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no se dió en el marco de un proceso de reestructuración de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá realizado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, sino que fue por efecto de un concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el propósito de proveer los cargos que estuvieran vacantes u ocupados en provisionalidad al interior de la Entidad. **Sin embargo, ello no implica que la señora Ana Isabel no tenga derecho a la estabilidad laboral relativa de aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados.***

*Para entender la anterior afirmación, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia en la solución del problema jurídico materia del presente fallo. **El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos***

¹⁸ Información tomada de la Resolución No. 3093 del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), consultada en la página Web de la CNSC, en <http://www.cnscc.gov.co/docs/3093.pdf> (abril de 2014) (cita original de la sentencia)

¹⁹ Ley 790 de 2002

²⁰ Sentencia T-326 de 2014



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

vulnerables²¹. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-795 de 2009²²:

*"23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado*²³ *que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado*"²⁴.

*Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013*²⁵, *el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse*²⁶. *"En otras palabras, el fundamento*

²¹ Ver, entre otras, las sentencias C-044 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería. Unánime), T-768 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), T-587 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-795 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

²² MP Luis Ernesto Vargas Silva.

²³ Sentencias C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008 (cita original de la sentencia).

²⁴ Igualmente, la Sala Novena de Revisión, en la sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), señaló que "[e]l fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los *prepensionados* no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los *prepensionados* con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos (sic) que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública. En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los *prepensionados* tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos...".

²⁵ MP Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) abordó de manera detallada la protección de los prepensionados como sujetos de especial protección constitucional, sosteniendo que el derecho a la pensión de vejez garantiza el goce efectivo del derecho a la seguridad social de aquellas personas que no pueden proveerse por sí mismos los medios de subsistencia. En palabras de la Corte: "la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación. El sustento para esta decisión se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fundamento es el artículo 48 de la Constitución y, adicionalmente, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. De la lectura de las normas mencionadas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo, de una enfermedad o incapacidad laboral o, en general, de cualquier otra causa que tenga el mismo efecto. En este sentido, el derecho a la pensión de jubilación o vejez, como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral. Así, cuando el legislador crea una protección para aquellas personas que están próximas a pensionarse, el sentido que tributa en mejor forma el



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos²⁷, como se explica más adelante.”

6.7 MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política:** En su artículo 125 establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El nombramiento de servidores públicos en cargos de carrera debe hacerse mediante concurso público, salvo las excepciones constitucionales o legales. Esta disposición establece como regla general, el mérito tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera. Este sistema tiende a garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del Estado y a asegurar que la misma esté orientada a la satisfacción del interés general; por ende, el acceso a los cargos públicos se rige por procedimientos inherentes al ingreso a la carrera.

- **La Ley 909 de 2004²⁸:** en cuanto a la clasificación de los empleos establece que, Los empleos de los organismos y entidades regulados por la ley son de carrera administrativa, señalando de manera taxativa las excepciones a la regla general:

"ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. *Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones es que dicha garantía logre efectivizar el acceso a la pensión a todas las personas que sean beneficiarias de dicha protección”.

²⁷ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁸ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> *Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera."*

El artículo 7²⁹ de la Ley 909 de 2004 prevé que la Comisión Nacional del Servicio Civil es un órgano de garantía y protección del Sistema de Mérito en el empleo público de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad, con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito.

En su artículo 11, literal a), determina que, dentro de las funciones de la CNSC, está el establecer los lineamientos generales que deben desarrollarse en los procesos de selección, mediante los cuales se busque proveer empleos de carrera administrativa.

Así mismo, en el literal e) del mismo artículo, se estipula que la CNSC, debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, y en el literal f), que la misma entidad debe remitir a las entidades que hacen parte de determinada convocatoria, ya sea de oficio o a solicitud de aquellas, las listas de las personas con las cuales deben proveer los empleos de carrera administrativas que se encuentren vacantes definitivamente.

- Decreto 1083 de 2015³⁰

Este Decreto en su Título 3 "*REQUISITOS GENERALES PARA LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE LOS DISTINTOS NIVELES JERÁRQUICOS DE LOS ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL ORDEN TERRITORIAL*", establece los factores que se tendrán en cuenta para determinar los requisitos específicos de los empleos en los manuales de funciones y de competencias laborales, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2 del Decreto Ley 785 de 2005 y la Ley 1064 de 2006 serán la educación formal, la educación para el trabajo y desarrollo humano y la experiencia.

El artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, señala la forma de prever vacantes definitivas, estableciendo con claridad que los aspirantes al cargo, deberán ser seleccionadas mediante el sistema de méritos:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante

²⁹ **Artículo 7** (Inciso adicionado por Art. 3, Decreto 894 de 2017.). Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad

Para el cumplimiento de sus funciones la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá desconcentrar la función de adelantar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a nivel territorial

La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá mediante acto administrativo delegar las competencias para adelantar los procesos de selección, bajo su dirección y orientación, en las entidades del orden nacional con experiencia en procesos de selección o en instituciones de educación superior expertas en procesos. La Comisión podrá reasumir las competencias delegadas en los términos señalados en la ley.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá definir criterios diferenciales en el proceso de evaluación del desempeño laboral para los servidores públicos de los municipios priorizados para la implementación de los planes y programas del Acuerdo de Paz que ingresen a la administración pública por medio de los procesos de selección.

³⁰ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.” (negrilla, cursiva, subrayado fuera del texto)

De otra parte, la norma en comento, en su artículo 2.2.6.1³¹ establece el proceso de selección o concurso, el cual se encuentra a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas, instituciones universitarias e instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin.

- **Ley 1801 de 2016³²:** En su parágrafo 3 del artículo 206, establece los requisitos para ocupar el cargo de inspector de policía, bajo el siguiente tenor:

"Artículo 206. *Atribuciones de los inspectores de Policía rurales, urbanos y corregidores. Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas:*

(...)

Parágrafo 3. *Para los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Decreto 785 de 2005, la formación profesional para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial, 1ª Categoría y 2ª Categoría, será únicamente la de abogado, y la formación técnica para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría e Inspector de Policía Rural requerirá la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho.* (negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto)

³¹ **Artículo 2.2.6.1** Competencia. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas, instituciones universitarias e instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos establecidos en la ley, determinará los criterios para valorar la competencia técnica, la experiencia y la capacidad logística que deben demostrar aquellas entidades que quieran ser acreditadas para adelantar los procesos de selección. Dentro de los criterios de acreditación que establezca esta Comisión se privilegiará la experiencia y la idoneidad del recurso humano que vaya a realizar los concursos en esta materia. Para las inscripciones, el diseño, la aplicación y la evaluación de las pruebas, la Comisión Nacional del Servicio Civil o las entidades contratadas para la realización de los concursos podrán apoyarse en entidades oficiales especializadas en la materia, como el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación Superior, Icfes.

La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en la entidad pública interesada en proveer la vacante, en los términos establecidos en la Constitución y la Ley 489 de 1998, la suscripción del contrato o convenio interadministrativo, para adelantar el proceso de selección, con la universidad pública o privada, institución universitaria o institución de educación superior acreditadas por la Comisión para tal fin.

³² Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

- **Acuerdo No. CNSC-21211000010176 del 29 de abril de 2021**³³ mediante el cual se convoca y establece las reglas del proceso de selección, en las modalidades de Ascenso y abierto, para proveer los empleos en vacancia pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Guaitarilla – Nariño, proceso de selección No. 1907 de 2021 Municipios de 5 y 6 Categoría.

El acuerdo identifica la entidad responsable del proceso de selección, señala las normas del proceso de selección, establece los requisitos para participar en el proceso de selección.

- **OPEC 162269**³⁴

La para el cargo denominado de Inspector de Policía 3° a 6° categoría, nivel técnico, código 303, grado 02, del Municipio de Guaitarilla con número de OPEC No. 162269, el requisito de formación académica es la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho, sin que se requiera experiencia. Esto en acatamiento a lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016.

6. CASO CONCRETO

El accionante, señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, considera vulneración de sus derechos al mínimo vital, trabajo, dignidad humana, familia, debido proceso, estudios de hijos menores (derecho de los niños), adulto mayor, igualdad; por cuanto la CNSC se encuentra realizando concurso de méritos para proveer el cargo de Inspector de Policía del Municipio de Guaitarilla – Nariño, cargo que él ocupa y del cual manifiesta no tener los requisitos para ingresar al concurso.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”, en la contestación de la acción constitucional, indicó que las provisiones definitivas de los empleos públicos de carrera administrativa se deben realizar mediante procesos de selección abiertos y de ascenso. En el caso bajo estudio, los requisitos del cargo de Inspector de Policía, se encuentran previstos en la Ley 1801 de 2016, por lo cual, la Alcaldía Municipal de Guaitarilla, no puede modificar el Manual de Funciones y Competencias Laborales de esa entidad, en lo que concierne a los empleos ofertados en el Proceso de Selección No. 2126 de 2021 – Municipios de 5ª y 6ª Categoría, teniendo en cuenta que se deben garantizar las condiciones iniciales bajo las cuales los aspirantes están realizando las inscripciones en el concurso, las cuales deben mantenerse hasta la pérdida de la vigencia de las listas de elegibles que se expidan con ocasión al concurso de méritos.

Como regla general la Constitución Política dispone en el artículo 125 que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los 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 de 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.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta afirmación se sustenta en los siguientes postulados: *"(i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ellos los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso en que ni la Constitución ni la Ley haya fijado el sistema de nombramiento, éste se realizará*

³³ Acuerdo No. 1017 de 2021 Página web
https://www.cnsc.gov.co/DocumentacionCNSC/Convocatorias_2020/Municipios_V_y_VI_Categoria/Normatividad/2021/20211000010176.pdf

³⁴ <https://simo.cnsc.gov.co/documents/get-document?docId=356375625&contentType=application/pdf>



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

*mediante concurso público; (iv) el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y, (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrán determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera*³⁵.

La carrera administrativa se erige como un principio constitucional definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho, a la vez que sirve de instrumento eficaz para la garantía del cumplimiento de los fines estatales y de la función pública, para la preservación y vigencia de derechos fundamentales de las personas, y para la vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública³⁶.

Ahora bien, dentro de las relaciones públicas laborales, se pueden presentar determinadas situaciones administrativas, sea vacantes o transitorias, que permiten que, ante las necesidades del servicio, la forma de provisión del cargo sea temporal, pero sin desconocer el requisito del mérito, por lo cual, dentro de esas formas de proveer empleos, encontramos, el nombramiento en provisionalidad, que procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa.

De lo anterior se concluye que, el nombramiento en provisionalidad se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, sin que el transcurrir del tiempo le otorgue beneficios como la estabilidad laboral, propios de la carrera administrativa.

Ahora bien, a fin de proveer cargos de carrera administrativa que se encuentran en vacancia definitiva de los municipios de tercera a sexta categoría, la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", adelantó el proceso de concurso de méritos, ofertando la vacante de Inspector de Policía del Municipio de Guaitarilla³⁷, estableciendo como único requisito, la terminación de la carrera de derecho, para poder ser aspirante al cargo.

El proceso de selección público abierto³⁸, que debe tener en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y deberá comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, así como el cumplimiento de requisitos³⁹, como lo está realizando la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", a través de la convocatoria No. CNSC-21211000010176 del 29 de abril de 2021⁴⁰. Así mismo, la norma señala que el proceso de selección público abierto se efectuará bajo los criterios de transparencia y objetividad, así como los de mérito, libre concurrencia e igualdad de ingreso, publicidad, entre otros⁴¹.

El requisito exigido para el cargo de Inspector de Policía, se encuentran previstos en la Ley 1801 de 2016, sin que le sea posible a la entidad accionada, ni al municipio, ni al funcionario judicial, modificar la normatividad, en beneficio de un aspirante; más si se tiene en cuenta,

³⁵ Sentencias C-553 de 2010 y SU-539 de 2012 (ambas del MP Luis Ernesto Vargas Silva).

³⁶ Sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³⁷ <https://simo.cns.gov.co/documents/get-document?docId=356375625&contentType=application/pdf>

³⁸ Decreto 1083 de 2015. **Artículo 2.2.6.2 Fases.** El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el período de prueba.

³⁹ Decreto 1083 de 2015. **Artículo 2.2.6.8** Documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos. Los documentos que respalden el cumplimiento de los requisitos de estudios y experiencia se allegarán en la etapa del concurso que se determine en la convocatoria, en todo caso antes de la elaboración de la lista de elegibles.

La comprobación del incumplimiento de los requisitos será causal de no admisión o de retiro del aspirante del proceso de selección aun cuando éste ya se haya iniciado.

Cuando se exija experiencia relacionada, los certificados de experiencia deberán contener la descripción de las funciones de los cargos desempeñados.

⁴⁰ Acuerdo No. 1017 de 2021 Página web

https://www.cns.gov.co/DocumentacionCNSC/Convocatorias_2020/Municipios_V_y_VI_Categoria/Normatividad/2021/20211000010176.pdf

⁴¹ Ley 909 de 2004 Artículos 27 y 28



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

que, el proceso de selección público abierto se debe efectuar bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.

De otra parte, dentro de la convocatoria, no existe un precepto a través del cual se otorgue un mejor derecho a alguno de los aspirantes, en virtud de sus condiciones (raza, sexo, genero, etc.), por el contrario, a lo largo del concurso se observa que se brinda igualdad de oportunidades a todos los participantes.

Así las cosas, no se puede concluir que existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante por la expedición de la convocatoria para proveer el cargo de inspector de policía, pues la misma se ajusta a las normas de carácter constitucional y legal que rigen la provisión de cargos públicos y por tanto no existiría vulneración de derechos fundamentales por parte de ninguna de las entidades accionadas.

Sin embargo, teniendo en cuenta que entre las pretensiones del accionante solicita de manera transitoria se ordene un régimen temporal para que los efectos de dicho concurso tengan efectos una vez pueda consolidar sus derechos pensionales alegando ser padre cabeza de familia; es pertinente analizar si el señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, se encuentra en alguno de los eventos (padre cabeza de familia y/o pre pensionado), para ser beneficiario de la estabilidad laboral, de acuerdo a los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional al respecto y que se reseñaron en el acápite correspondiente.

La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido la Corte Constitucional *"se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza"*⁴²

Es pertinente indicar que, la Corte Constitucional ha establecido que la condición especial de madre cabeza de familia, deviene de la condición en su responsabilidad individual y solitaria frente al hogar y por constituirse como la única fuente de ingresos del hogar, de quien se deriva el sustento diario de las personas que dependen de ella, circunstancia que debe ser probada.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado que algunas acciones afirmativas que se diseñaron para beneficiar a las mujeres cabeza de familia también son aplicables a los hombres que se encuentran a cargo de hijos menores de edad o en situación de discapacidad⁴³, aclarando que *"si todos los beneficios que se establecen para la mujer cabeza de familia debieran otorgarse al hombre que se encuentra en la misma situación, ningún efecto tendría entonces la protección especial ordenada por el Constituyente para la mujer cabeza de familia"*⁴⁴

Se debe recordar que, la condición de mujer cabeza de familia presenta características particulares que se derivan del contexto histórico de la desigualdad entre ambos sexos, por lo cual tiene connotaciones diversas a la situación de los hombres que ejercen la jefatura del hogar de manera exclusiva⁴⁵, empero, la prevalencia de los derechos de los niños y la

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-167/11

⁴³ Sentencia C-722 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-044 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería; sentencia C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; sentencia C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C-184 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁴ Sentencia C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁴⁵ Sentencia T-084-18



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

especial protección de las personas en situación de discapacidad exigen que aquellas acciones afirmativas en favor de las mujeres cabeza de familia que también se orientan a la salvaguarda de los sujetos vulnerables a su cargo, deban extenderse igualmente a los padres cabeza de familia.⁴⁶

Es por ello, que la Corte Constitucional, señalo que la condición de madre cabeza de familia, entendida esta como madre o padre, requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: *"(i) que la mujer tenga a su 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. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso."*⁴⁷

En el caso bajo estudio, el actor manifiesta que actualmente cuenta con 47 años de edad, que tiene la custodia de su hija Dhamar Alejandra Bastidas Rodríguez⁴⁸ desde los 2 años de edad y quien actualmente cuenta con 17 años y cursa grado 11, allegando copia de la Resolución No. 129 de octubre de 2008, proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁴⁹, y que es padre del menor Emiliano Bastidas Maya⁵⁰ de 7 años de edad, anexando copia de los registros civiles de los menores⁵¹. Así mismo señala que el sostenimiento de sus padres que tiene mas de 80 años, allegando copia de cédulas de ciudadanía de la señora Maria Niria Josefina Patiño Vivas y del señor Fidel Bastidas Tobar⁵², afirmando que la subsistencia familiar deriva exclusivamente del salario que devenga como inspector de policía.

De acuerdo a lo anterior, el actor no acreditó la calidad de prepensionado pues contando con 47 años de edad, aún le faltarían 15 años para cumplir la edad para poder consolidar su derecho pensional, sin encontrarse acreditadas las semanas cotizadas que lleva hasta el momento, sin embargo, si se encuentra acreditada su condición de padre cabeza de familia pues se encuentra a cargo de su hija Dhamar Alejandra Bastidas Rodríguez de quien tiene su custodia y de sus padres adultos mayores, así como del mantenimiento de su otro hijo Emiliano Bastidas Maya, aunque de él no se encuentra acreditado que se encuentre solo a cargo de su padre; también se tiene que el único ingreso que recibe el accionantes para su subsistencia y la de su familia es el salario que recibe como inspector de policía.

Así las cosas, es procedente conceder el amparo solicitado, pero en el sentido de ordenar a la entidad territorial Municipio de Guatarrilla que tome acciones afirmativas respecto al señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, consistentes en prever mecanismos para garantizar que dicho funcionario sea el último en ser desvinculado en caso de que existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupa en provisionalidad o de ser posible nombrarlo en otro cargo que se encuentre vacante y para el cual cumpla los requisitos, hasta tanto se provea mediante concurso de méritos, aclarando que no se trata de un derecho indefinido a permanecer en cargos de carrera administrativa, toda vez que prevalecen los derechos de

⁴⁶ Sentencia C-722 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-044 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería; sentencia C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; sentencia C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C-184 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-084/18

⁴⁸ Folio 20 del documento electrónico PDF identificado con el nombre "03.EscritoTutela"

⁴⁹ Folios 24 a 33 del documento electrónico PDF identificado con el nombre "03.EscritoTutela"

⁵⁰ Folio 21 del documento electrónico PDF identificado con el nombre "03.EscritoTutela"

⁵¹ Folios 20 a 21 del documento electrónico PDF identificado con el nombre "03.EscritoTutela"

⁵² Folios 37 y 38 "Escrito de Tutela"



Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarle un trato especial⁵³

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER el amparo constitucional invocado por el señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, identificado con cédula de ciudadanía No. 87.531.842 expedida en Guaitarilla – Nariño, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, **ORDENAR** al MUNICIPIO DE GUATARILLA tome acciones afirmativas respecto al señor OSCAR FIDEL BASTIDAS PATIÑO, consistentes en prever mecanismos para garantizar que dicho funcionario sea el último en ser desvinculado, en caso de que existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupa en provisionalidad y cuando ya sea provisto el cargo que ocupa por la persona que sea elegida mediante el concurso de méritos, de ser posible nombrarlo en otro cargo que se encuentre vacante y para el cual cumpla los requisitos, hasta tanto se provea también mediante concurso de méritos, aclarando que no se trata de un derecho indefinido a permanecer en cargos de carrera administrativa, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

TERCERO.- Negar las demás pretensiones de la acción de tutela incoada

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **ORDENAR** la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", publicar este fallo en su página web para efectos de notificación a todos los interesados.

QUINTO.- Contra esta sentencia procede la impugnación ante el superior funcional dentro del término de su ejecutoria. De no impugnarse ENVÍESE el expediente ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Andrea Melissa Andrade Ruiz
Juez Circuito
009
Juzgado Administrativo

53 Así lo señaló la Corte en la Sentencia SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luis Ernesto Vargas Silva), al pronunciarse sobre el alcance del registro de elegibles que profirió la Fiscalía General de la Nación para las seis convocatorias que la entidad abrió en el año 2007 respecto de los funcionarios nombrados en provisionalidad que consideraban que tenían derecho a permanecer en sus cargos porque tenían una condición especial que obligaba a que se les brindase un trato preferente, por ejemplo, porque se hallaban en situación de discapacidad".



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto

Nariño - Pasto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

897a504070cc62b697a63c740e31598574fa2e6a31eccb55eeb96f9c2ef4a26c

Documento generado en 03/08/2021 01:43:46 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**