



Fallo N° T-012
Acción de tutela N° 5256040890012021-00057
Accionante: Deissy Yessenia Cárdenas Castro
Apoderado: Dr. Carlos Armando Escobar Pantoja
Accionado: Alcaldía Municipal de Potosí (Nariño)
Vinculados: Escuela Superior de Administración Pública,
Comisión Nacional del Servicio Civil y
participantes de la convocatoria
Decisión: Fallo declara improcedente la acción

Potosí, agosto trece (13) de dos mil veintiuno (2021).

INFORMACIÓN PRELIMINAR

La señora DEISSY YESSSENIA CÁRDENAS CASTRO, identificado con Cédula de Ciudadanía N° 1.088.217.165 expedida en Potosí (Nariño), actuando a través de apoderado judicial instauró acción de tutela en contra de la Alcaldía Municipal de Potosí (Nariño) al considerar quebrantado el derecho fundamental al debido proceso (Documento 2 fls. 1-15).

Una vez se ha constatado la efectivización del derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales, debe este Juzgado Constitucional proferir el fallo de fondo que resuelva la situación.

HECHOS

Según el relato contenido en la demanda (Documento 2 fls. 1-15), la señora DEISSY YESSSENIA CÁRDENAS CASTRO a través del Decreto N° 017 de marzo 3 de 2014 fue nombrada como Comisaria de Familia de Potosí (N), bajo la "modalidad de libre nombramiento y remoción.

Posteriormente, el ente accionado profirió el Decreto N° 066-14 de julio 2 de 2014 modificando el nombramiento para ser designada en provisionalidad, como se desempeña hasta la actualidad.

Que con Acuerdo N° 026 de noviembre 29 de 2018 se restructuró la planta de personal y en su artículo 2° enuncia la restructuración por necesidades del servicio de algunos empleos de la planta de personal de la Administración Municipal de Potosí (N).

Y mediante Decreto N° 1032 del 29 de abril del 2021 se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección para promover los empleos en vacancia definitiva, en el cual aduce que no se incluyeron la secretaria de la oficina de Personería y el de técnico de saneamiento ambiental.

Adiciona que el Decreto 056 del 14 de julio del 2020 se modificó el manual de funciones de la Alcaldía Municipal de Potosí (N), pero que de este acto no se encontró evidencia de su socialización con la Comisaria de Familia, quien en su momento alertó sobre la existencia de algunas funciones descontextualizadas. Que las funciones asignadas a un cargo técnico no son equiparables a los cargos de orden profesional, pues mientras los unos se limitan a la asistencia, los segundos son de dirección y toma de decisiones administrativas, denominadas competencia y jurisdicción.

Corolario frente al concurso abierto de méritos estima que es procedente la acción de tutela como "medida razonable, que impide futuras demandas de nulidad".

DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

En el libelo introductorio se señala como transgredido el derecho al debido proceso.

PRETENSIONES

A través de la acción de tutela se busca la efectividad de las siguientes pretensiones:

"De su señoría, se ordene a la administración municipal, en representación del señor NARCISO LUCIO CHAMORRO MUÑOZ, se retire la postulación del cargo de Comisaria de Familia, mismo que se encuentra ofertado en convocatoria ante la CNSC, atendiendo las inconformidades que se develaron en línea argumentativa que antecede.

Es de entender, que todo procedimiento administrativo, se encuentra compelido al respeto por el debido proceso administrativo, parte inescindible del principio de legalidad universal, sin lugar a dudas la misma Administración público ha dispuesto caminos de subsanación, cuando la misma administración pública de manera oficiosa acude la revocatoria directa de sus actos administrativos (artículo 93 Ley 1437 del 2011) siendo el camino expedito, en aras de conjurar injustos y agravios a derechos fundamentales, camino que entre otras cosas, evita gastos onerosos al erario.

En tal sentido, se dé aplicabilidad al derecho a la igualdad formal y material consagrado en el artículo 13 Constitucional, recordando en el escrito, la obligación que le compete a todo servidor público en obrar de conformidad con los preceptos Constitucionales, sin ingresar a las prohibiciones prescritas en el artículo 6 Constitucional, donde la omisión de sus deberes y la extralimitación de sus funciones, son faltas gravísimas que se encuentran tipificadas en el CDU ley 734 del 2002.

Se predica la igualdad, en todos los cargos que forman parte de la planta de personal, con excepción de los cargos que se encuentren ocupados por servidores en carrera administrativa, la norma, no permite discriminar entre unos y otros. Así las cosas, se devela palmariamente la vulneración el derecho fundamental al debido proceso art. 29 Superior. Con mayor desapego y contra vía del sentir de este precepto Constitucional, cuando los cargos ofertados fueron tomados aleatoriamente desatendiendo el precepto del artículo 29 Superior, donde hace referencia a la totalidad de cargos o vacantes públicas, con excepción de los cargos de elección popular, de carrera y de libre nombramiento y remoción.

De su señoría, se dé aplicabilidad a sus bondades ultra y extra petita, en aras de conjurar el injusto Constitucional, develado a lo largo del clamor del mismo orden".

ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida la demanda el día lunes 2 de agosto de 2021 (Documento 2), se admitió en la misma fecha, surtiéndose el respectivo traslado a la accionada a quien se le solicitó resolver un cuestionario y aportar unos documentos (Documento 3).

La Alcaldía Municipal de Potosí a través de su representante legal dio respuesta a la acción de tutela impetrada (Documento 8).

Por medio de proveído de agosto 4 de 2021 se vinculó como sujeto pasivo de la acción a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a todos los participantes del concurso de méritos para lo cual se ordenó que se publicara el traslado de la acción de tutela, el auto admisorio y el de vinculación tanto en la cartelera de la Alcaldía Municipal de Potosí (N) como en la página web del ente municipal y de la Comisión Nacional del Servicio Civil (Documento 6).

Cumplido lo anterior y una vez allegada la contestación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (Documento 16), se vinculó a la Escuela Superior de Administración Pública (Documento 19), entidad se notificó (Documento 20) e intervino en término (Documento 21).

ARGUMENTOS DE LOS ACCIONADOS

1°. Del Alcalde Municipal de Potosí (Nariño) (Documento 8): El Dr. NARCISO LUCIO CHAMORRO MUÑOZ en su calidad de burgomaestre de esa municipalidad expone como argumentos en su respuesta que la accionante ocupa el cargo en "calidad de provisionalidad" y no en propiedad.

Que por el hecho que la administración haya sometido a concurso el empleo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil no implica violación al derecho al trabajo ya que no está restringida la inscripción de la accionante y continuar con las etapas del concurso.

Por último, expresa que la tutela es una vía excepcional para derechos fundamentales de protección inmediata, lo que en su criterio no se cumple en este caso, ya que el concurso comporta varias etapas que se dilatan en el tiempo y mientras tanto la funcionaria no ha sido desvinculada del cargo que ocupa en provisionalidad, por lo que existen acciones ordinarias.

Solicita que se declare improcedente la acción constitucional, al no existir vulneración a ningún derecho fundamental.

2°. De la Comisión Nacional del Servicio Civil (Documento 16): El doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SÁNCHEZ MURCIA, asesor jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, inicia por manifestar que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas y que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.

En virtud de lo anterior, la CNSC de manera conjunta con las entidades correspondientes a los municipios de 5ª y 6ª Categoría, en la que se incluye la Alcaldía Municipal de Potosí (Nariño), adelantó desde el mes de enero de 2020 la etapa de planeación del concurso, siendo que la responsabilidad y obligación de reportar los empleos que serán provistos en las modalidades abierto son exclusivas del ente municipal.

Adiciona que con ocasión a las fechas dispuestas para la etapa de inscripción y realizado el seguimiento en el sistema SIMO, se evidenció que la señora DEISSY YESSÉNIA CÁRDENAS CASTRO el día 22 de julio de 2021 se inscribió en el empleo identificado con el código OPEC N° 129829, denominado COMISARIO DE FAMILIA, código 202, grado 1, dentro de los empleos reportados por la Alcaldía de Córdoba (Nariño).

Culmina indicando que la Alcaldía Municipal de Potosí (Nariño) 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 N° 1909 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, que han de mantenerse hasta la pérdida de la vigencia de las listas de elegibles que se expidan con ocasión al concurso de méritos.

En ese orden de ideas, la CNSC en atención a sus funciones constitucionales debe velar por el cumplimiento de las normas que rigen la carrera administrativa y en consecuencia, por la garantía de los derechos de quienes por concurso de méritos ocupan una posición meritatoria en las listas de elegibles que se expidan en el marco del proceso de selección, a diferencia con la provisionalidad como nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, mediante nombramiento provisional o en encargo, deben ser provistos a través de concurso de méritos.

Solicita finalmente que se declare improcedente la presente acción de tutela toda vez que no existe vulneración alguna de derechos fundamentales.

3º. De la Escuela Superior de Administración Pública (Documento 21): La doctora MARCELA ROCÍO MÁRQUEZ ARENAS, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ESAP manifiesta que según lo señalado en la Ley 1955 de 2019, esa entidad tiene el carácter de operador y financiador de los concursos de méritos, sin que tenga injerencia en la configuración de los términos y condiciones de las respectivas convocatorias.

Indica que la Ley 909 de 2004, modificada por la ley 1960 de 2019 y el Acuerdo 20202000003636 de 2021, establecen que las entidades responsables de la consolidación de la Oferta Pública de Empleos de Carrera "OPEC" y la configuración de la respectiva convocatoria (fase de planeación), es de exclusiva competencia de la CNSC y del jefe del organismo o entidad que busca proveer las plazas.

De conformidad con la normatividad citada y el Acuerdo 1032 de 2021, la ESAP es una entidad acreditada ante la CNSC como operador del proceso, encargada de asumir en su totalidad el costo que genere el proceso de selección, así como de manejar las actividades propias de la ejecución según los términos señalados en las respectivas convocatorias.

Que en los Acuerdos 20202000003636 de 2021 y 1032 de 2021 se dispusieron los lineamientos para que la ESAP adelantara el concurso de méritos en calidad de operador, en el marco del cual la escuela ha venido cumpliendo con las obligaciones establecidas en el artículo 5 del Acuerdo 20202000003636 de 2021, relativas a la operación del concurso.

De igual manera en dicho acuerdo se determinaron las etapas que comprenden la fase de ejecución del proceso de selección, definiendo la responsabilidad en cada etapa de las entidades involucradas.

Dado lo anterior, la ESAP inició actividades a fin de establecer y concretar las condiciones de ejecución del proceso de selección asociado a los municipios de quinta y sexta categoría. A la fecha se encuentra finalizada la fase de inscripciones en la modalidad abierto, que se realizaron del 28 de junio hasta el 4 de agosto del 2021.

Que le compete únicamente la ejecución operativa del proceso para proveer dichas plazas, sin que se le pueda endilgar omisión alguna, ya que la entidad responsable de fijar los términos de convocatoria y adelantar el proceso de selección es la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Finalmente aduce que existe falta de legitimación por pasiva por cuanto la controversia presentada no se encuentra asociada a la acción u omisión imputable a esa Escuela y en tal sentido solicitan sea desvinculada de este trámite.

CONSIDERACIONES

1. Naturaleza de la acción de tutela: En el artículo 86 de la Constitución Nacional fue estatuida la acción de tutela como un mecanismo residual destinado para la protección de los derechos fundamentales de las personas cuando hayan sido objeto de quebrantamiento o se encuentren bajo situación de amenaza por el actuar o las omisiones de las autoridades o, en los casos previstos en la ley, de los particulares¹.

Su procedencia está condicionada a la inexistencia de otros medios o recursos judiciales de defensa, salvo que se advierta la proximidad de un perjuicio de carácter irremediable, evento en el cual el amparo ha de otorgarse de manera transitoria, lo que torna en subsidiaria o residual esta acción.

Además por el carácter público, cualquier persona que considere que sus derechos están siendo vulnerados puede interponerla sin que deba someterse al cumplimiento de formalidades.

Entre los principios que rigen el procedimiento se destacan además la prevalencia del derecho sustancial, la publicidad, la economía, la celeridad y la eficacia, siendo un instrumento inmediato y sumario.

2. Legitimación en la causa:

2.1. Por activa: La accionante DEISSY YESSENIA CÁRDENAS CASTRO ostenta legitimación en la causa como lo establece el artículo 10º del Decreto Reglamentario 2591 de 1991 según el cual la legitimidad para ejercer la acción pública de tutela recae sobre el titular del derecho quien podrá poner en marcha el aparato jurisdiccional actuando a través de apoderado judicial o de forma directa, siendo la primera situación la que encuadra en este asunto, en el que se confirió poder especial (Documento 2 fl. 17).

Además, está acreditado que la mencionada ostenta el cargo de Comisaria de Familia del Municipio de Potosí (N), nombrada mediante Decreto 017 de marzo 3 de 2014 con designación de "libre nombramiento y remoción", modificado posteriormente con Decreto N° 066-14 de julio 2 de 2014 (Documento 2 fls. 24-26), cargo que fue ofertado en el concurso con Acuerdo N° 1032 de abril 29 de 2021 "por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en la modalidad de Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE POTOSÍ NARIÑO, Proceso de Selección N° 1922 de 2021 – Municipios de 5 y 6 Categoría".

2.2. Por pasiva: Existe legitimación en la causa por pasiva en tanto la Alcaldía Municipal de Potosí (N) es el ente nominador y a su vez encargado de reportar las vacantes sometidas a concurso abierto que se adelanta en la Comisión Nacional del Servicio Civil encomendado igualmente a la Escuela Superior de Administración Pública, entidades que han dado apertura a la convocatoria de selección de la planta de personal del municipio de Potosí, dentro de la cual se encuentra el de Comisario de Familia.

Asimismo les asiste interés en las resultas de la actuación a los inscritos en la convocatoria pública.

Además este Despacho es competente para conocer y decidir de fondo a prevención, toda vez que así lo determina el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, al ser esta localidad el lugar donde se presenta la presunta vulneración o amenaza y se producen sus efectos.

¹ Arts. 42 y ss Decreto 2591 de 1991.

Y si bien se vinculó a entidades de orden nacional como lo son la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP, en primer término la acción fue dirigida solo contra la Alcaldía Municipal de Potosí, por lo que esta judicatura conserva la competencia para conocer su trámite.

3. Problema jurídico: ¿Las actuaciones adelantadas por el municipio de Potosí (N) al reportar como vacante el cargo de Comisario de Familia Municipal que en la actualidad desempeña la abogada DEISSY YESSENIA CÁRDENAS CASTRO y que a su vez fue ofertado en el concurso público de méritos que adelantan la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública, desconoce los derechos al debido proceso, trabajo e igualdad?

4. Tesis: En criterio de este Juzgado Constitucional las actuaciones adelantadas por el municipio de Potosí (N) al reportar como vacante el cargo de Comisario de Familia Municipal que en la actualidad desempeña la abogada DEISSY YESSENIA CÁRDENAS CASTRO y que a su vez fue ofertado en el concurso público de méritos que adelantan la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública, no vulnera ni amenaza los derechos de la accionante.

5. Argumento central: Como se demanda la protección al debido proceso, este despacho se ocupará en primer lugar de su estudio, para descender a descartar que exista un desconocimiento de otros derechos.

5.1. Premisas jurídicas: El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia consagra el derecho al debido proceso como una prerrogativa de índole fundamental que involucra diversas garantías que han de reinar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, tales como el derecho de defensa, legalidad, competencia, observancia de las formas propias de cada juicio, contradicción, etcétera, lo que obliga a las autoridades a su estricta sumisión.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha manifestado:²

“(…) Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

Y en torno al ámbito administrativo, según el pronunciamiento en cita, el debido proceso se entiende como:

“(…) (i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias

² Sentencia C-980/10

actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (...)"

En cuanto al principio del mérito, éste constituye una de las bases del sistema de carrera, en consecuencia, es el sustento de todo proceso de selección y persigue asegurar la eficiencia de la administración, así como garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para ocuparlos, de esta forma puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera.

La Ley 909 de 2009 consagra el sistema de carrera administrativa y la define como norma reguladora de todo concurso, que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes³.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha precisado que: "(...) el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada (...)"⁴.

Las normas de un concurso público de méritos fijan en forma precisa y concreta las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y establecen las pautas y procedimientos con los cuales deben regirse.⁵

Se trata de reglas que son inmodificables, por cuanto se afectan principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

En este orden de ideas, la convocatoria constituye el marco obligatorio en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen el proceso de selección para proveer los cargos de carrera administrativa⁶.

Ahora bien, según lo refiere en su respuesta la Comisión Nacional del Servicio Civil "desde el mes de **enero de 2020** y de manera conjunta con las entidades correspondientes a los Municipios de 5ª y 6ª Categoría, en la que se incluye la ALCALDÍA MUNICIPAL DE POTOSÍ-NARIÑO, -adelantó- la etapa de planeación del concurso, para proveer los empleos de carrera vacantes de sus plantas de personal, en cumplimiento de sus competencias constitucionales y legales, y atendiendo a lo establecido en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad" "(...) Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección (...)" (Documento 14 folio 6).

³ Artículo 31 de la Ley 909 de 2009

⁴ SU 446 de 2011

⁵ C-588 de 2009

⁶ T-090 de 2013

Es así como se expidió el Acuerdo N° 1032 del 29 de abril de 2021 “por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en la modalidad de Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE POTOSÍ NARIÑO, Proceso de Selección N° 1922 de 2021 – Municipios de 5 y 6 Categoría”.

En su artículo 3° se determinó claramente la estructura del proceso de selección por etapas.

De igual forma, se trae a colación el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública 1083 del 2015 que en su artículo 2.2.6.3 determinó que: “Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos”.

Por su parte, el Decreto 051 del 16 de enero de 2018 “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, y se deroga el Decreto 1737 de 2009”, a la letra reza:

“(…) ARTICULO 2.2.6.34. **Registro de los empleos vacantes de manera definitiva.** Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva, en el aplicativo Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca. (...)”.

Lo anterior implica que, para el correcto desarrollo de los procedimientos, se requiere que la autoridad administrativa observe los requisitos impuestos por el legislador para garantizar la validez de las actuaciones y la defensa de los intereses de los administrados.

5.2. Premisas fácticas: La accionante solicita que se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, así como el trabajo (Documento 2 folio 2) y a la igualdad (fls. 8, 14), presuntamente vulnerados por el municipio de Potosí (Nariño), al ofertar los cargos para proveer empleos de vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Potosí, en el proceso de Selección 1922 de 2021- Municipios de 5ª y 6ª categoría, considerando que no se incluyó en el proceso a la secretaria de la oficina de Personería y el cargo de técnico de saneamiento ambiental.

Adiciona que mediante Decreto 056 del 14 de julio del 2020 se modificó el manual de funciones de la Alcaldía Municipal de Potosí que fue socializado en el mes de marzo de 2021, sin que se lo hayan presentado, discrepando de algunas funciones ahí establecidas.

De la misma manera se cuestiona el Decreto N° 066-14 de julio 2 de 2014 modificado por el Decreto N° 017 de marzo 3 de 2014 “Por medio del cual se realiza el nombramiento de la Comisaria de Familia”, que pasó de libre nombramiento y remoción al de provisionalidad en el cargo por ser de carrera administrativa.

Entonces, aplicando los parámetros referidos en el numeral precedente al caso bajo estudio tenemos lo siguiente:

Al considerar quebrantados derechos fundamentales, la señora DEISSY YESSÉNIA CÁRDENAS CASTRO activa este mecanismo subsidiario dentro de un plazo razonable de 3 meses posteriores a la decisión de abrir la convocatoria, satisfaciéndose de esta manera los requisitos de relevancia constitucional e inmediatez. No obstante, no

puede pasarse por alto que mediante la acción de tutela pretenda controvertir la referida modificación en su nombramiento, cuando como se acaba de mencionar este proceder motivado de la administración tuvo lugar en el mes de julio de 2014, es decir, hace ya 7 años, siendo más bien la convocatoria a concurso lo que parece haber motivado a la accionante.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil expuso en su contestación el marco normativo y jurisprudencial en el cual se ampara para la realización de los concursos de méritos para proveer cargos en carrera, por lo que viene adelantando el proceso desde enero del año 2020, endilgando a la Alcaldía Municipal de Potosí (N) la obligación de reportar las vacantes definitivas y la competencia para hacer las modificaciones a los manuales de funciones de los cargos de la administración, inmodificables en este momento al estar en oferta pública, en la cual la accionante ya está inscrita (Documento 17).

La Alcaldía Municipal de Potosí (Nariño) expresa que la accionante no está en propiedad en el empleo que desempeña, que por el hecho que la administración haya sometido la vacante a concurso ante la CNSC ello no implica violación al derecho al trabajo, siendo la tutela una vía excepcional para derechos fundamentales de protección inmediata que no se cumple en este caso puesto que el concurso comporta varias etapas que se dilatan en el tiempo y la funcionaria no ha sido desvinculado del cargo que ocupa en provisionalidad por lo que existen acciones ordinarias para este tipo de casos.

La ESAP a su turno refiere que en ningún momento ha vulnerado y/o amenazado el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, toda vez que únicamente tiene el carácter de operador y financiador de concursos de méritos, sin que tenga injerencia en la configuración de los términos y condiciones de las respectivas convocatorias.

Adiciona que esa responsabilidad recae directamente en la Comisión Nacional del Servicio Civil como la garante de fijar los términos de convocatoria y surtir el proceso por competencia constitucional y legal, la cual acude a la figura de la desconcentración para el cumplimiento de sus fines mediante la suscripción de acuerdos y convenios interadministrativos con instituciones educativas debidamente acreditadas y es aquella la que tiene bajo su responsabilidad la vigilancia y control de la carrera administrativa.

Mucho se ha insistido en que la acción de tutela fue estatuida por el legislador constitucional como un instrumento público de naturaleza subsidiaria, lo que de suyo hace que su procedencia esté condicionada a la inexistencia de otro mecanismo judicial de defensa.

La idoneidad exige una evaluación en concreto de los mecanismos judiciales existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si éste tiene la aptitud necesaria para brindar una solución expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas, así las cosas, de ser eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, reitérese, se demuestre la proximidad de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria.

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente.

En efecto, la Corte Constitucional en providencias como la T-090 de 2013, ha indicado que la tutela es improcedente como mecanismo principal y definitivo para protección

de derechos fundamentales que resulten amenazados con la expedición de actos administrativos, ya que para el efecto proceden las acciones contenciosas administrativas, en las cuales incluso se puede pedir medidas cautelares.

Por otro lado, en dicha sentencia también se dijo que existen dos sub-reglas excepcionales respecto de actos administrativos que regulan o ejecutan el proceso de méritos, esto es:

- “(i) cuando la accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable;
- (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor”.

Para el caso, se tiene que la doctora DEISSY YESSSENIA CÁRDENAS CASTRO no cumple con ninguna de las citadas excepciones jurisprudenciales para que sea procedente la acción de tutela, si se tiene en cuenta que en torno al perjuicio irremediable “(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables⁷”, aspectos que no se encuentran probados dentro del expediente.

El hecho de que el cargo que la accionante ocupa en provisionalidad haya sido ofertado en el proceso de selección, no implica de suyo un riesgo inminente para la parte actora, ni exige respuesta impostergable, ni medidas urgentes, puesto que para proveer dicho empleo se deben agotar unas etapas en el proceso de selección, el cual cuenta con un cronograma previamente establecido, durante cuyo desarrollo la demandante seguirá gozando de su vinculación a la entidad territorial y por ende devengando su salario como retribución al cumplimiento de sus funciones.

No hay, entonces, un desplazamiento inmediato de quien está ocupando el cargo en provisionalidad, por lo que no se requiere una intervención del juez de tutela, ni mucho menos, desplazar la órbita del juez natural, en este caso, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el evento de encontrar irregularidades en los actos administrativos emanados con ocasión de la convocatoria.

Itérese, aplicando lo dicho, en la forma como se encuentran detallados los supuestos fácticos materia de estudio, puede establecerse que la vulneración a los derechos que se alega en la demanda recae sobre las normas contenidas en el acuerdo que convoca al concurso de méritos y las que lo regulan, frente a lo cual la accionante tiene a su alcance mecanismos de defensa idóneos para controvertir los actos administrativos, para cuyo agotamiento la interesada está legitimada.

Y en un análisis formal, se observa que los actos desplegados por los entes accionados tienen un basamento normativo atendible, amparado por la presunción de legalidad. Además éste no es un medio para entrar a estudiar los requisitos que para ocupar un cargo han sido establecidos en las convocatorias públicas.

Frente a esto, es evidente que el juez constitucional no puede entrar a resolver sobre una situación de connotación litigiosa, se carece de los elementos de juicio indispensables para arribar a una decisión de competencia del juez natural, donde se cuente no sólo con los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios, sino con el tiempo necesario para el desenvolvimiento del debido proceso, con todas las garantías del derecho a presentar pruebas, controvertirlas, ejercitar el derecho a la impugnación, presentar alegaciones y en fin ejercer en pleno el derecho de defensa.

⁷ Sentencia T-956/13, M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

No hay duda que el carácter residual de la acción de amparo, así como la premura del término en que debe resolverse hacen imposible que por este instrumento se entren a dirimir conflictos como el aquí originado, lo que debe ser objeto de demanda, conocimiento y resolución ante la autoridad judicial ordinaria competente.

Por lo dicho, la acción de tutela resulta improcedente en el caso sub examine, dado el principio de subsidiariedad ya mencionado, por mandato expreso del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que a la letra reza:

“Art. 6º. **Causales de improcedencia de la tutela.** La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).”

De otra parte, la accionante da a entender que la administración municipal de Potosí al no ofertar las vacantes de la secretaría de la Personería y el cargo de técnico de saneamiento ambiental, le está vulnerando su derecho a la igualdad, frente a lo cual debemos decir lo siguiente:⁸

Cuando se habla de legalidad, esto implica que no se puede alegar dicha omisión de la administración como vulneración a su derecho a la igualdad, pues bien se podrían ejercer las acciones legales a fin de que dichos cargos sean ofertados.

No puede pretender la actora que mediante la acción constitucional se ordene retirar la vacante de Comisario de Familia, en tanto sería una disposición contraria a la Constitución y la ley, es decir a esa legalidad que predica la Honorable Corte Constitucional como base del derecho a la igualdad, pues lo que se instruye en un Estado Social Democrático de Derecho es que los cargos públicos sean proveídos mediante concurso con las excepciones de ley, garantizándose de esa forma su acceso a través de la meritocracia con la participación de todos los ciudadanos que tengan los requisitos para acceder a ese tipo de convocatorias en iguales condiciones.

La igualdad material se muestra cuando la doctora DEISSY YESSÉNIA CÁRDENAS CASTRO decide participar en la convocatoria de la que ahora disiente, realizando su proceso de inscripción el día 22 de julio de 2021, en el empleo identificado con el código 202, N° de empleo 129829, denominación 121 COMISARIO DE FAMILIA, nivel jerárquico profesional, grado 1, dentro de los empleos reportados por la Alcaldía de Córdoba (N), o sea que con las irregularidades que se reprocha de todas maneras termina aceptando esa convocatoria (documento 17) en plena igualdad de condiciones que los demás inscritos para que a través del mérito acceda a derechos de carrera administrativa.

Y si eventualmente por error u omisión la Alcaldía de Potosí (N) no ofertó algún cargo, recuérdese que existen mecanismos legales de control de las actuaciones administrativas, pero no por ello puede la accionante buscar beneficio al pretender

⁸ Al respecto en la sentencia T-030/17, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO expresa: “que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras (...).”

que el cargo de carrera administrativa en el cual se encuentra en provisionalidad no sea ofertado, indistintamente del periodo que lleva ejerciéndolo o de la denominación que al momento de su nombramiento y posesión se le haya dado.

Ahora bien, respecto de la inconformidad que al parecer le causan los cambios en el manual de funciones de la Comisaría de Familia, encontramos que esta es una facultad de la administración municipal contenida en el artículo 32 de la Ley 785 de 2005⁹ y si la accionante halla que en el trámite de expedición existió alguna irregularidad, se le recuerda que esta acción constitucional es un medio subsidiario y que en todo caso para atacar los actos de la administración debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, no puede predicarse de manera válida un desconocimiento del derecho al trabajo mencionado por la parte actora en su demanda (Documento 2 folio 2), en tanto como dan cuenta las constancias procesales, ha ejercido el empleo desde su vinculación en marzo de 2014 (Documento 2 fls. 24-26).

Esto de contera conlleva a la garantía del derecho al mínimo vital, lo que también descarta un perjuicio directo, inminente e irremediable que permita derivar que a raíz del concurso esté soportando una carga adicional o que le genere un detrimento a su actual estado de vida que permita conceder la tutela.

5.3. Conclusión: Una vez sentadas las bases jurídicas y aplicadas a las premisas fácticas acreditadas probatoriamente dentro del trámite de la acción de tutela, no existe un quebrantamiento de derechos fundamentales que amerite la concesión de un amparo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Potosí, Departamento de Nariño, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **resuelve:**

1°. **Declarar** improcedente la acción de tutela que frente al derecho al debido proceso interpuso la señora DEISSY YESSENIA CÁRDENAS CASTRO en contra de la Alcaldía Municipal de Potosí (Nariño), trámite al que de oficio se vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la Escuela Superior de Administración Pública y a todos los participantes inscritos en el concurso de méritos convocado con el Acuerdo N° 1032 de abril 29 de 2021.

2°. **Negar** el amparo a los derechos al trabajo y a la igualdad de que es titular la accionante, los cuales no han sido vulnerados o puestos en situación de amenaza por acción ni omisión.

3°. **Notifíquese** este fallo conforme a los artículos 16 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del Decreto 306 de 1992.

4°. Esta decisión puede ser impugnada ante los Juzgados del Circuito de Ipiales (Reparto), como inmediato superior jerárquico.

⁹ "ARTÍCULO 32. Expedición. La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante acto administrativo de la autoridad competente con sujeción a las disposiciones del presente decreto. El establecimiento de las plantas de personal y las modificaciones a estas requerirán, en todo caso, de la presentación del respectivo proyecto de manual específico de funciones y de requisitos. Corresponde a la unidad de personal de cada organismo o a la que haga sus veces, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de requisitos y velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto. (...)"

5°. Si no fuere recurrida, **envíese** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término previsto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase,



MARÍA EUGENIA LÓPEZ LEÓN
Jueza