

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO
MELGAR – TOLIMA**

Melgar, veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO

Procede el despacho a resolver la acción de tutela promovida por **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA**, contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC-** y la **Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad.

II. LA ACCIÓN¹

El actor acudió al presente mecanismo constitucional debido a que se encuentra laborando en la Alcaldía Municipal de Cunday en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 Nivel Asistencial, nombrado mediante Decreto No. 025 del 5 de agosto de 2009, según sentencia judicial se ordenó su reintegro mediante Decreto No. 040 del 30 de julio de 2014, fecha en la que se suscribió el acta de posesión **en provisionalidad**.

Señaló que mediante los oficios No. 1364 del 11 de octubre de 2023 y No. 0583 del 8 de febrero de 2024 informó ante la Administración Municipal de Cunday, Tolima, su condición de "padre cabeza de hogar", ya que tiene a su cargo a la menor María del Mar Ibarra Carvajal de un (1) año de edad, quien depende de sus ingresos económicos que devienen de su empleo.

¹ 03EscritodeTutelayAnexos



Teniendo en cuenta el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- para proveer vacantes definitivas de los cargos adscritos a los municipios de 5ta y 6ta categoría, como Cunday, Tolima, que dio como resultado la lista del registro de elegibles, lo que implica la pérdida de su empleo ante la posesión del funcionario **en propiedad**.

Refirió que la administración municipal demandada debió tener en cuenta su condición de "padre cabeza de familia", por lo que, según su criterio, no debe ser desvinculado de su empleo provisional.

Señaló que si bien instauró demanda ante la Sección Segunda del Consejo de Estado bajo el radicado 11001-03-25-000-2022-00407-00 deprecando la nulidad del Acuerdo 1143 del 29 de abril de 2021 proferido por la **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- y la Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima**, por el cual se convocó y estableció las reglas del proceso de selección No. 2033 de 2021, donde se solicitó la suspensión provisional del concurso, demanda que fue admitida el 8 de septiembre de 2023 y que se encuentra al despacho, considera que resulta ineficaz para el amparo de sus derechos, razón por la que acude al presente mecanismo constitucional con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad y, por ende, se ordene a las demandadas suspender los efectos y términos de la resolución de nombramiento de la lista de elegibles en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 Nivel Asistencial, y en caso de desvinculación, se le reubique en un cargo similar o equivalente. Asimismo solicita se inste a la Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima, establecer un procedimiento para retirar provisionales, conforme concurso de méritos, con el fin de generar un mayor compromiso y comprensión de las circunstancias de las personas que están siendo desvinculadas.

1. ACTUACIÓN PROCESAL:



Mediante auto del 14 de febrero hogaño², este despacho dispuso negar la medida provisional solicitada, y avocó conocimiento de la presente acción constitucional, seguida en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC-** y la **Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima**, y se dispuso vincular a todos los integrantes de la lista de elegibles del Proceso de Selección Municipios de 5ª y 6ª categoría respecto del municipio de Cunday, Tolima, para que, en el término improrrogable de 2 días, ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

2.1. LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC-³.

Señalo que legalmente vela por la correcta aplicación de los instrumentos normativos y técnicos que posibiliten el adecuado funcionamiento del sistema de carrera administrativa consagrado en el canon 125 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, direccionado a su gestión eficiente, por lo que no es de resorte de la entidad la forma de desvinculación de empleados provisionales de ente municipal, ya que su administración está obligado constitucional y legalmente a nombrar y posesionar a los integrantes de la lista de elegibles.

El actual proceso de selección cumple con todos los parámetros para proveer efectivamente las vacantes reportadas por la entidad, por lo que procedieron a expedir el Acuerdo No. 1143 del 29 de abril de 2021 el cual contiene los lineamientos generales que direccionaron el Proceso de Selección 2033 de 2021, para la provisión de empleos de carrera administrativa en la planta de personal, entre otros, de la Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima, como lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Finalizado el proceso, se publicaron las listas del registro de elegibles el pasado 8 de febrero dando cumplimiento al artículo 29 del precitado

² 04AutoAvocaConocimiento20240214

³ 07RespuestaCNSC20240216



acuerdo, por lo que se expidió la lista de elegibles respecto de la OPEC 132080 mediante la Resolución No. 5432 del 14 de diciembre de 2023 la cual cobró firmeza el 16 de febrero de 2024, en donde se encuentran los siguientes elegibles: Andrés Felipe Rincón Martínez, María Alejandra Buitrago Galindo, Lorna Consuelo Rojas Cardozo, Patricia Caicedo Valdés, quienes ocuparon las posiciones meritorias del 1 al 4 respectivamente, por lo que deberán ser nombradas por el entre nominador.

Adujo que, informaron de la firmeza de la lista de elegibles y las posiciones ya referidas a la Alcaldía Municipal de Cunday, por lo cual la entidad es que cuenta con diez (10) días para ejecutar los nombramientos pertinentes de conformidad con lo establecidos en los artículos 2.2.6.211, 2.2.5.1.6, 2.2.5.1.7 y 2.2.5.1.8 del Decreto 1083 de 2015.

Finalmente, indicó que el accionante **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA**, tuvo la oportunidad de participar en dicho proceso de selección para el cargo que ostenta en provisionalidad, sin embargo, revisado SIMO se evidenció que el mismo haya hecho parte de ningún proceso de selección.

Solicitó, se desvincule a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC-, por no tener injerencia en los hechos narrados en la acción constitucional, dado que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto, su intervención finiquitó en el momento en que se expidió y cobró firmeza la lista de elegibles.

2.2. ALCALDÍA MUNICIPAL DE CUNDAY- TOLIMA⁴.

Refirió que no han conocido formalmente los resultados y la lista de elegibles de los aspirantes que aprobaron todas las etapas, para acceder a los cargos vacantes en el municipio de Cunday, Tolima, debido a problemas técnicos para ingresar a la plataforma de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC-, con la clave que les entregó la administración municipal saliente,

⁴ 08RespuestaAlcaldiaMunicipalCunday20240219



por lo que procedieron a iniciar el trámite para obtener nueva clave, proceso que se demora aproximadamente ocho (8) días.

Señaló que, es cierto que el señor **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA**, labora actualmente en la Alcaldía Municipal de Cunday, ya **que fue nombrado en provisionalidad** mediante el Decreto No. 025 del 5 de agosto de 2009 y reintegrado por decisión judicial mediante el Decreto 040 del 30 de julio de 2014, para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 nivel asistencial de la planta de personal de la administración municipal de Cunday, Tolima, y solo conocieron de su presunta condición de “padre cabeza de familia”, una vez el concurso de selección ya había cumplido con las diferentes etapas de valoración de pruebas.

Si bien se demandó a través del Consejo de Estado para declarar la nulidad del Acuerdo 1143 del 29 de abril de 2021, dicha corporación negó la medida de suspensión provisional, pues ya existe registro de la lista de elegibles.

En todo caso, los nombramientos en provisionalidad son transitorios, pues el accionante conocía desde el momento de su vinculación su situación laboral, que cede ante la llegada de funcionarios de carrera en propiedad, una vez agotado el concurso de selección y definida la lista de elegibles, dando cumplimiento a los preceptos legales y constitucionales.

Finalmente, expresó que la planta de personal del municipio de Cunday es la mínima que se requiere para su funcionamiento, por lo que no cuentan con presupuesto para generar o mantener otros empleos, por lo que solicitó se niegue por improcedente la acción constitucional.

Las demás vinculadas guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. DE LA COMPETENCIA:



Este despacho judicial es competente para proferir el fallo que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto tanto en el artículo 86 de la Constitución Política como en el canon 37 del Decreto Legislativo 2591 de 1991-Estatutario de la Acción de Tutela-.

2. TEMA MATERIA DE DISCUSIÓN Y DECISIÓN:

Corresponde al despacho establecer, si la **Comisión Nacional del Servicio Civil- CNCS-** y la **Alcaldía Municipal de Cunday** incurren en acciones u omisiones lesivas a los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad de **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA**, quien solicitó suspender los efectos y términos de la resolución de nombramiento de la lista de elegibles en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 Nivel Asistencial.

Además de ello, solicita se le reubique en un cargo similar o equivalente para que no se afecte su derecho fundamental al mínimo vital, dada su condición de "padre cabeza de familia", y, por demás, se inste a la Alcaldía Municipal de Cunday, para establecer un procedimiento para retirar provisionales con ocasión a los concursos de méritos.

3. DESARROLLO Y SOLUCIÓN DEL ASUNTO

3.1. El artículo 86 Superior señala que la acción de tutela "*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*", caso en el cual, satisfechos estos requisitos, resulta viable emitir una decisión de fondo sobre lo pretendido.

De igual manera, el numeral 5º del artículo 6º del Decreto Legislativo 2591 de 1991 -Estatutario de la Acción de Tutela- dispone que la misma deviene



inviabile cuando se trata de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto.

La acción de tutela no constituye el mecanismo judicial al cual debe acudir para controvertir esta clase de actos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, salvo, eso sí, que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable y la torne procedente de manera transitoria, dada su naturaleza subsidiaria y residual.

Por tal razón quien pretenda controvertir aquellos en sede judicial debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como son la de simple nulidad, o nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales pueden ser acompañadas con la solicitud de suspensión provisional de los mismos.

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia SU-913 de 2009, sobre la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, precisó:

*“(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”, **en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.***

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



En efecto, el canon 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que *“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Adicionalmente, en su canon 138 contempla que *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación”.

Y el canon 229 ídem preceptúa: *“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”.*

A su vez el literal b) del numeral 4º del artículo 231 ejusdem consagra la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo cuando *“existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*



Excepcionalmente el presente mecanismo resulta procedente siempre y cuando, (i) pese a la existencia de un mecanismo judicial adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, no goce de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; (ii) ora se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.

Frente al perjuicio irremediable en sentencia T-439 de 2000, dicha Alta Corporación expresó:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia que exige, en el caso que nos ocupa, medidas inmediatas; la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente; y la gravedad de los hechos que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”.

3.2. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia T-063 del 23 de febrero de 2022, estableció unas pautas sobre la procedencia de la acción de tutela en los eventos de desvinculación de funcionarios provisionales en virtud de los concursos de méritos para dar paso a los funcionarios en carrera en propiedad, así como el tema de sujetos de especial protección reforzada:

“El artículo 125 de la Constitución Política establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional, como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. Asimismo, el



referido artículo dispone que: “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley,” y, por último, establece que “en ningún caso, la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

Así las cosas, según ha precisado esta Corte en anteriores oportunidades, el objetivo de esta disposición constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De este modo, ha señalado la Corte, **la carrera administrativa se convierte en el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad.** Por esta razón, este Tribunal ha reiterado que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro:

“(…) por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan **con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales.** El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley. Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.”

(…)

5.2. Sobre esa base, quienes superen satisfactoriamente todas las etapas de un concurso para acceder a cargos públicos e integren el



registro de elegibles, adquieren, entre otras prerrogativas, el derecho a la permanencia y estabilidad en el empleo para el cual aspiraron, de tal suerte que solo procederá su retiro por razones objetivas, derivadas de la calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley (art. 125, inciso 4º Const.)[18]. A su vez, la desvinculación de estos servidores siempre deberá estar precedida de un acto administrativo debidamente motivado.

5.3. **De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia.** En ese contexto, ha dicho la Corte, si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador.

5.4. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos[21], **gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.**

5.5. De esta forma, "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**". (Énfasis suplido)

3.3. Respecto a la figura de padre o madre cabeza de familia la sentencia C-154 de 2007 reiterada en la Sentencia T-003 de 2018 de la Corte Constitucional, indicó que tal condición entraña presupuestos legales, teniendo en cuenta el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, el cual modificó el



2° de la Ley 82 de 1993, y lo indicado en la sentencia C-154 de 2007 de la Corte Constitucional, la condición en comento entraña los siguientes presupuestos:

*“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) **no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;** (iv) **o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte;** (v) **por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar**”. (énfasis suplido)*

CASO CONCRETO:

Pretende **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA** que, a través de este mecanismo excepcional y subsidiario, se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad y, por ende, se ordene a la **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- y la Alcaldía Municipal de Cunday**, suspender los efectos y términos de la resolución de nombramiento de la lista de elegibles en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 Nivel Asistencial. Además de ello, se le reubique en un cargo similar o equivalente para que no se afecte su derecho fundamental al mínimo vital y se inste a la Alcaldía Municipal de Cunday, para que establezca un procedimiento para el nombramiento de personas en propiedad y retirar provisionales conforme concurso de méritos.

Sin embargo, olvida el accionante, que si bien la acción de tutela tiene como principio orientador la informalidad, según lo dispone el artículo 14 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 -Estatutario de la Acción de Tutela, para casos donde se busca el reconocimiento de un derecho que en principio es de estirpe legal, el actor tiene un deber mínimo respecto de la carga de la prueba, sobre la necesidad de adoptar medidas tendientes a la protección inmediata de los derechos fundamentales que puedan



resultar lesionados con la acción u omisión de las autoridades estatales, y de manera excepcional por parte de particulares.

Bajo esta premisa y con el fin de que la acción de amparo tenga vocación de prosperidad de manera transitoria, le correspondía al accionante demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, entendido, según la jurisprudencia de esa Alta Corporación, como aquel que “(1) **se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental;** (2) **de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido;** (3) *su ocurrencia es inminente;* (4) **resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra;** y, (5) *la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.*”⁵

En el *sub júdice* el actor fue nombrado **EN PROVISIONALIDAD** mediante el Decreto No. 025 del 5 de agosto de 2009, y luego reintegrado por decisión judicial mediante Decreto No. 040 del 30 de julio de 2014 para ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 Nivel asistencial de la planta de personal **EN PROVISIONALIDAD** de la administración municipal de Cunday, Tolima, el cual queda sin efecto con el nombramiento del funcionario en propiedad de la lista de elegibles, lo que según aduce vulnera sus derechos al tener a cargo su menor hija María del Mar Ibarra Carvajal quien cuenta con (1) año de edad, lo que, según señala, lo califica como “padre cabeza de familia”, lo cual informó desde octubre de 2023 y febrero de 2024 a la Alcaldía de Cunday.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicios Civil- CNSC-⁶, informó sobre el desarrollo del concurso a través del Acuerdo No. 1143 del 29 de abril de 2021 se agendó el proceso de selección 2033 de 2021 para la provisión de empleos de carrera administrativa en la planta de municipios de 5ª y 6ª

⁵ T-600 de 2002 (agosto 1º), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ 07RespuestaCNSC20240216



categoría, entre otros, la Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el cual finalizó con la Resolución No. 5432 del 14 de diciembre de 2023 la cual cobró firmeza el 16 de febrero de 2024, en donde quedó vigente el registro de elegibles, conformado por Andrés Felipe Rincón Martínez, María Alejandra Buitrago Galindo, Lorna Consuelo Rojas Cardozo, Patricia Caicedo Valdés, quienes ocuparon las posiciones meritorias del 1 al 4 respectivamente, por lo que deberán ser nombrados en propiedad por el entre nominador.

Por su parte la Alcaldía Municipal de Cunday, Tolima⁷, refirió que la forma de provisión del empleo respecto del accionante es provisionalidad, y solo hasta octubre de 2023 y febrero de 2024 dio a conocer su posible condición de "padre cabeza de familia", momento para el cual ya se habían agotado las etapas del concurso de selección. El nombramiento del actor en provisionalidad es transitorio, pues el accionante conocía desde el momento en que se vinculó con el municipio sobre la situación de su cargo, y era consciente que el mismo iba a ser ocupado en propiedad, dando cumplimiento a los preceptos legales y constitucionales.

Como se observa, las accionadas han respetado todos y cada uno de los principios que rigen los procesos de selección, se ofertaron los empleos que estaban siendo ocupados en provisionalidad para el 2021, año en el que se dio inicio al concurso de méritos, diferente es que, el accionante, pudiendo hacerlo, decidió no participar, muy a pesar de que conoce que su cargo es provisionalidad y que debía dar paso a quien llegara a ocupar el cargo en propiedad una vez agotado el trámite concursal.

Así las cosas, no puede alegar el actor su propia incuria, esto es, pretender se reconozcan derechos a su favor en virtud de su omisión de participar en el proceso de selección que ofertó su cargo público, por lo que deberá ejecutarse los nombramientos conforme la lista de elegibles definitiva para la OPEC 132080 - Resolución N. 5432 del 14 de diciembre de 2023 la cual

⁷ 08RespuestaAlcaldiaMunicipalCunday20240219



cobró firmeza el 16 de febrero de 2024, acto administrativo que, por supuesto, aún tiene incólume su presunción de legalidad y acierto a la luz del canon 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, por tal razón, resulta de imperioso cumplimiento.

De otra parte, se precipitó el accionante al interpone la presente acción constitucional, pues nótese que a la fecha no ha sido expedido acto administrativo que lo desvincule del cargo que ostenta en provisionalidad; asimismo, desconoce este despacho judicial si quienes ocuparon posición meritoria opten o no por tomar posesión en dichos cargos, siendo estas razones suficientes para concluir que no se avizora vulneración a sus derechos fundamentales, lo que permite concluir que no se acreditó el requisito de viabilidad de una **actual, cierta y evidente vulneración de los derechos fundamentales invocados.**

En ese caso, tampoco se cumple el requisito de la inexistencia de mecanismos para reparar un daño producido, ni menos la inminencia de un daño o perjuicio irremediable, ya que, recuérdese, la procedencia de la acción consagrada en el artículo 86 Superior se da por la vulneración cierta y concreta de un derecho fundamental, o por su amenaza.

Es por ello que, la Corte Constitucional en Sentencia T- 096 de 2018 dispuso que: *“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**”* (énfasis suplido)

Respecto a la condición de “padre cabeza de familia”, como se anotó, es una condición definida tanto por la Ley 1232 de 2008 que definió la figura de la jefatura de hogar, y que de acuerdo con la sentencia de



constitucionalidad citada *ut supra* puntualizó que tal estado entraña los siguientes presupuestos:

*“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) **no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;** (iv) **o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte;** (v) **por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar**”. (énfasis suplido)*

De acuerdo con los anexos presentados con la demanda tutelar, se aportó una declaración extra juicio donde se plasmaron situaciones personales, entre ellas que **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA** es padre cabeza de familia, junto con copia del registro civil de nacimiento No. 1.108.152.519 expedido en Cunday, Tolima, de la menor María del Mar Ibarra Carvajal, hija del actor y cuya mamá es Claudia Fernanda Carvajal Arenas⁸.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por el aquí accionante, no era suficiente acreditar solamente la relación de parentesco respecto de su hija, sino que debió demostrar fehacientemente la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la progenitora de la infante, una certificación de sustracción del cumplimiento de sus obligaciones como madre, o algún documento que dé cuenta que aquella se haya sustraído a su responsabilidad legal de solidaridad y manutención de su descendiente, y menos que tal sustracción obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte.

No basta, como lo entiende el demandante erradamente, solo acreditar relaciones de parentesco y manifestar que es el único que supe las

⁸ 03EscritodeTutelayAnexos PAG 15-20



necesidades básicas de su familia, sino que además, la jefatura de hogar es un concepto definido legalmente y, por lo mismo, obliga a quien alega esa condición acreditar la ausencia total de la progenitora de su hija menor a cargo, o que aquella tenga la incapacidad absoluta de suplir sus obligaciones respecto de su descendiente por discapacidad, o la falta de un núcleo familiar de apoyo, condiciones cuya demostración brilla por su ausencia.

Ahora bien, el haber informado ante la Alcaldía Municipal de Cunday en octubre de 2023 y febrero de 2024 sobre su presunta condición de padre cabeza de familia, de lo cual no se aportó prueba alguna, tal como lo indicó la administración municipal, no le sustrae de su responsabilidad de cumplir con las normas constitucionales y legales que la obligan a nombrar en propiedad los cargos de carrera administrativa, y, en últimas, para ese momento ya se había agotado el proceso concursal que culminó con la designación en la lista de elegibles de los aspirantes que adquirieron la vocación de ser nombrados en propiedad.

De allí que es fácil concluir, que no existe ninguna vulneración a los derechos fundamentales invocados por **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA** al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad, pues el accionante conocía que ocupaba un cargo en provisionalidad, que pese a ello, decidió no presentarse ni ser parte del proceso de selección del cuestionado concurso de mérito, el cual, valga decir, aparentemente ha respetado los parámetros constitucionales y legales con los que fue previsto mediante su acuerdo de convocatoria y, finalmente, que no se acreditó como correspondía la condición de padre jefe de hogar con lo que pretendía encontrarse inmerso en una estabilidad laboral reforzada.

Asimismo, que el actor conocía que los cargos públicos son de carrera administrativa conforme el artículo 125 de la Constitución Política, deben ser proveídos en propiedad previo concurso de méritos, por lo que no puede alegar una estabilidad laboral permanente, en tanto, conocía sus



condiciones al momento de posesionarse en dicho empleo público y al no inscribirse, participar ni aprobar las etapas del concurso, no es viable alegar en su favor tal situación para pedirle a la judicatura mantenerlo indefinidamente en el cargo en provisionalidad en contravía de los derechos fundamentales adquiridos por los aspirantes que superaron el concurso a acceder a la función pública a través del principio constitucional del mérito.

Al pretender el accionante que se suspenda los nombramientos de la lista de elegibles vigente para el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 Código 407 de Cunday, claramente ello rompe el principio de igualdad, debido proceso, mérito y objetividad respecto de los elegibles, quienes tiene derecho a ser nombrados y posesionados conforme los preceptos constitucionales y legales que hacen parte de esta decisión, lo que impide a este servidor judicial adoptar decisiones contrarias a la constitución y la ley, a menos que, como lo ha indicado la Corte Constitucional, hubiese demostrado tener calidad de pre pensionado, ser mujer en estado de gravidez o en licencia de maternidad, cuyos derechos prevalecerían sobre el de los ciudadanos que adquirieron el derecho a ser nombrados en virtud de los concursos de méritos agotados por el Estado, situación de estabilidad laboral reforzada que no ostenta el accionante y que tampoco acreditó.

Tampoco es dable ordenarle a la Alcaldía Municipal de Cunday que establezca un procedimiento para el retiro de las personas en provisionalidad, pues el trámite de nombramiento y posesión le atañen exclusivamente al empleador, quien en ejercicio de la función pública, está obligada a cumplir con los mandatos constitucionales y legales, ejecutando los actos administrativos que dan firmeza a un registro de elegibles y agotar el proceso de nombramiento, controlando los términos pertinentes para posesión y demás actuaciones que, al ser de sustrato legal, en nada puede intervenir este estrado judicial, pues son autónomas de tal entidad, quien esta sujeta al cumplimiento de la normatividad para los proveer cargos en propiedad de carrera administrativa.



Adicional a ello, como ya se indicó con antelación, las medidas afirmativas que pueden aplicarse para los empleos proveídos en provisionalidad conforme las decisiones de la Corte Constitucional fueron previstas solamente para quienes ostenten y demuestren estabilidad laboral reforzada, y para el caso del accionante **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA**, tal presupuesto no aplica, razón por la que no se adoptarán decisiones en tal sentido.

Der otro lado, véase que el accionante manifestó haber agotado una demanda de nulidad ante la Sección Segunda del Consejo de Estado, contra el Acuerdo 1143 del 29 de abril de 2021 por medio del cual se convocó y se establecieron las reglas del Proceso de Selección No. 2033-2021, para proveer cargos en carrera administrativa de, entre otros, el municipio de Cunday, Tolima, donde se solicitó como medida provisional la suspensión del mismo, la cual no fue favorable, pues nótese que a la fecha se expidió lista de elegibles, situación que deja entre ver que no existió una urgencia manifiesta e impostergable, por lo que no puede el actor utilizar la acción constitucional como instancia paralela a la del alto tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para buscar una rápida solución a sus pedimentos, por lo que le está vedado al juez constitucional intervenir en el ámbito de competencia de corporación judicial de cierre.

Se reitera que, en la jurisprudencia destacada dentro de la presente actuación, el actor debe demostrar un perjuicio irremediable inminente, requisito que aquí no se acreditó, pues debió indicar con la carga suasoria y argumentativa suficiente, cómo la actuación de las accionadas constituye una actuación arbitraria, defectuosa sustancial o procedimental, de tal envergadura que permita la intervención excepcional del juez de tutela, y sí, por el contrario, las demandadas explicaron claramente cuáles fueron las razones de hecho y derecho por las cuales deben proceder conforme la lista de elegibles vigente, apegados a la Constitución y la Ley.



Tampoco puede pretender que a través de este mecanismo constitucional, excepcional y subsidiario, ejecutar el pago de sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes dejados de percibir, primas de servicios y navidad, cesantías e intereses, vacaciones, bonificaciones, auxilio de transporte, aumento de ley del salario, desde su reintegro, pues deberá deprecar tales pagos a través del incidente de cumplimiento de sentencia y/o un proceso ejecutivo ante el mismo despacho judicial que así lo dispuso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De allí la improcedencia de la presente acción constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Penal del Circuito de Melgar, Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política y la ley,

RESUELVE

DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo deprecado por el accionante **JOSÉ IGNACIO IBARRA MENDOZA**, atendiendo lo expuesto en precedencia.

Notificar esta decisión por el medio más ágil y expedito a todas las partes de la presente sentencia. Si no fuera impugnada, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión en el término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VLADIMIR RANGEL RODRÍGUEZ
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE MELGAR, TOLIMA

Original firmado conforme al artículo 7º de la Ley 527 de 1999º.

⁹ Queda sujeta a los tiempos propios del mecanismo de autenticación establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, por lo que para efectos procesales queda firmada en la fecha en que se emitió la presente decisión.

Firmado Por:
Vladimir Rangel Rodriguez
Juez
Juzgado De Circuito
Penal
Melgar - Tolima

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: **a65bbc26c80c9000a6ce428ad5f2be2dff24c152ad41e3c14030dd0c2cb80410**

Documento generado en 27/02/2024 04:39:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>