



San Juan de Pasto, 25 de junio de 2019

Oficio 0830

Señores

PARTICIPANTES DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA CONVOCATORIA No. 426 de 2016

Notificación que se realizará a través del Consejo Seccional de La Judicatura de Nariño.

Ciudad.

Acción de tutela: 520013187001 2019 00259 J. 1º EPMS. (CITE al contestar)
Accionante: **DAYRA YANET ACOSTA VÁSQUEZ**
C. de C. 30742939
Accionado: COMISIÓN NACIONAL SERVICIO CIVIL- HOSPITAL
UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO –
UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN

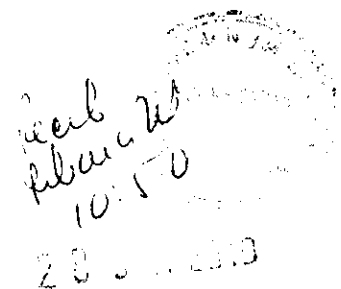
Cordial Saludo.

Respetuosamente, respecto del proceso de tutela enunciado, como notificación, para su conocimiento y fines pertinentes, le enviamos copia de:

- Auto de fecha 25 de junio de 2019 (**Fallo de tutela**)

Atentamente,

FABIO HERNAN ERASO A.
ESCRIBIENTE CSAJEPMS PASTO



JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS y MEDIDAS DE SEGURIDAD

San Juan de Pasto, Junio Veinticinco (25) de Dos Mil Diecinueve (2019)

T- 2019-259

DAYRA YANET ACOSTA VÁSQUEZ Vs.
Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Se decide la acción de tutela interpuesta por la señora DAYRA YANET ACOSTA VÁSQUEZ y que fue formulada en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL C.N.S.C, LA UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN Y LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO.

I. LA DEMANDA

La señora DAYRA YANET ACOSTA VÁSQUEZ, refiere que labora en el Hospital Universitario Departamental de Nariño, en el cargo de Auxiliar Área de la Salud y que con la Convocatoria 426 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ofertaron 67 vacantes para empleos de carrera identificados con la OPEC 29001, Auxiliar Área de la Salud, Código 412, Grado 6 del Sistema General de Carrera Administrativa, a la cual se inscribió, obteniendo posterior al desarrollo de las etapas respectivas un puntaje total de 71,79.

Señala que con la Resolución No. CNSC 20182110174335 de diciembre 5 de 2018, se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer los 67 cargos ofertados, encontrándose en esa lista en el puesto 106, agregando que existen inconsistencias que perjudican su ubicación en la lista.

Alega que, la Comisión de Personal del Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, realizó la verificación de los requisitos de las listas de elegibles y encontró que para el caso de la OPEC 29001 41 personas no cumplían con los requisitos mínimos al momento de su inscripción, lo cual no fue advertido por la Universidad Manuela Beltrán, por lo que la primera entidad en mención solicitó su exclusión. A continuación la accionante realiza en su escrito una serie de precisiones sobre dicha petición, la cual fue rechazada por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. CNSC - 20192110014595 de marzo 15 de 2019, con lo que considera se perjudica la real posición de los participantes en la lista de elegibles.

Aduce que, la Resolución 20182110174335 adquirió firmeza el 23 de marzo de 2019 y posterior a relacionar a algunas personas de las que sostiene no cumplieron con los requisitos mínimos al presentarse a la convocatoria, agrega que se le está produciendo una afectación a su mínimo vital, en tanto le toca soportar los yerros cometidos por las demandadas.

Menciona que, en caso de ser desvinculada, no podría cumplir con sus obligaciones bancarias, obtenidas para pagar educación de su hijo y el arrendamiento de vivienda. Alega igualmente que ostenta la calidad de madre cabeza de familia y que se han desconocido las normas en atención a la protección que debió otorgársele por padecer enfermedad catastrófica y tener estabilidad reforzada por esa condición.

Solicita, se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, la suspensión de la Resolución No. 20182110174335 de 5 de diciembre de 2018 y dejar sin efectos el acto administrativo mediante el cual se da por terminado su trabajo como AUXILIAR EN ÁREA DE LA SALUD. Igualmente depone que se disponga a las dos entidades en mención, procedan de manera inmediata de la lista de elegibles a las personas enlistadas en la petición elevada por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO y que esta última entidad se abstenga de realizar los nombramientos con fundamento en la Resolución 20182110174335, hasta tanto se emita la decisión final de este proceso.

Subsidiariamente solicita se disponga a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, se la reubique en un puesto similar.

II. DERECHOS DE LOS QUE SE PRETENDE LA PROTECCIÓN

La accionante presume que con la conducta de las entidades accionadas, le han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la carrera administrativa, la igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso, mínimo vital, seguridad social (estabilidad laboral reforzada).

III. ARGUMENTOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS.

1.- El HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., por intermedio del señor Gerente encargado da contestación a la presente demanda tutelar, precisando que esa entidad actuó bajo el estricto cumplimiento del deber constitucional conforme los artículos 2, 29, 125 y 209 superiores y lo precisado por la H. corte Constitucional en la sentencia T-180 de 2015.

Realiza una transcripción de un aparte de la sentencia C-640 de 2012, mediante la que se declaró fundadas las objeciones gubernamentales al proyecto de Ley No. 54 de 2010, mediante la que se implementaba el retén social.

Señala que la protección que puede brindarse dentro su campo de aplicación a los eventos en los que la lista de elegibles esté conformada por un menor número al de vacantes ofertadas, lo que obliga a la entidad a realizar la evaluación de las situaciones particulares de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.

Aduce que conforme lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004 y en el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015 que modificó el artículo 3 del Decreto Ley 760 de 2005, esa entidad no tiene injerencia en los hechos expuestos por la accionante, pues ello es de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por último agrega que el debido proceso no se ha visto afectado, pues en este caso la motivación del acto administrativo es la materialización del derecho de la señora SANDRA JANET LÓPEZ CHICAIZA, en su calidad de elegible dentro de la Convocatoria 426 de 2016.

En atención a lo enunciado solicita, se declare improcedente la acción impetrada.

2.- La UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN, a través de su representante legal, dio contestación a la demanda tutelar de la referencia manifestando que “[...] la CNSC profirió el Acuerdo 20161000001276 del 28 de julio de 2016 "Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las Empresas Sociales del Estado objeto de la presente Convocatoria, "Convocatoria No. 426 de 2016. — Primera Convocatoria E.S.E.", acto administrativo que rige el concurso de méritos, al cual se presentó el accionante” y que entre esas dos entidades suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios No. 374 de 2017, “[...] cuyo objeto es: "Desarrollar la etapa de verificación de requisitos mínimos del proceso de selección, para la provisión de empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de Empresas Sociales del Estado, Convocatoria No. 426 de 2016— Primera Convocatoria E.S.E.”

Realiza una transcripción de algunos apartes jurisprudenciales relacionados con el concurso de méritos y la procedencia de la acción de tutela, para posteriormente exponer las bases constitucionales y legales de la Convocatoria 426 de 2016, conforme el artículo 125 de la Constitución Política, los artículos 29 y 30 de la Ley 909

Describe que la convocatoria en cuestión exigía el cumplimiento de los requisitos mínimos, transcribiendo los apartes del acto administrativo que dio origen a la convocatoria en cuanto a tal condición y las consecuencias del incumplimiento de la misma.

Sostiene que, las normas establecidas en la convocatoria de manera previa, son obligatorias y vinculantes, las cuales se aceptan con el trámite de inscripción.

Con relación a la pretensión de la accionante, señala que esa entidad carece de competencia para pronunciarse al respecto, pues está en debate un acto administrativo proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, contra el cual procede el medio de nulidad y restablecimiento de derechos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Adicionalmente precisa que la solicitud de exclusión, se realizó con fundamento en la exigencia de unos requisitos que no fueron contemplados desde el inicio en la convocatoria, razón por la que al no poder cambiar las reglas establecidas para el efecto, no tenía vocación de prosperar.

Concluye que esa entidad ha dado aplicación a las normas que regulan la materia, que no ha vulnerado derecho alguno a la accionante y que las etapas del concurso se han llevado a cabo con normalidad.

Solicita, no tutelar los derechos de la accionante y se desvincule a esa entidad por no existir competencia para para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la demandante.

3.- La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, guardó silencio durante el trámite.

4.- Los participantes del concurso de méritos que fueron vinculados a la presente acción de tutela, no contestaron la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

NATURALEZA DE LA ACCIÓN

Del artículo 86 de la Carta Política se desprende que la acción de tutela, es un mecanismo de carácter subsidiario y residual, de naturaleza constitucional, encaminado a garantizar la protección de derechos constitucionales fundamentales, que procede cuando no existe otro recurso judicial o de manera transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, esto es, el daño inminente urgente o grave.

DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En lo concerniente al requisito de subsidiariedad, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia T-093 de 2015 estableció:

“Procedencia de la acción de tutela. reiteración de jurisprudencia.

3. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo “*preferente y sumario*” para la protección de los derechos fundamentales de las personas en Colombia. No obstante, esta norma constitucional y el Decreto 2591 de 1991¹, establecen que la tutela sólo procede cuando “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*”. En este sentido, se observa que la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario y excepcional, cuya procedencia está sujeta al agotamiento de los recursos procesales, ordinarios y extraordinarios.

Al respecto, la Corte ha señalado que la Constitución y la ley han creado una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos constitucionales. Por lo tanto, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido dispuestos en las normatividad para proteger los derechos invocados. Es decir, que se atentaría contra los mandatos de la Carta Política que regulan los medios de protección de derechos dentro de cada una de las jurisdicciones².

4. No obstante lo anterior, la Constitución³ y el Decreto 2591 de 1991⁴ han dispuesto que en los casos en que existan otros medios de defensa judicial la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Como complemento, el artículo 8º del mismo decreto ley establece que cuando se está ante esta situación, la orden del juez de tutela sólo estará vigente durante el “*término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado*”. Es decir que la configuración del daño irremediable es un eximente del carácter residual de la solicitud de amparo constitucional.

Con todo, no cualquier afectación que sufre el actor constituye un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte Constitucional ha identificado unas características para que la existencia del perjuicio irremediable pueda superar el requisito de subsidiariedad, a saber:

- (i) que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño;
- (ii) que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, busquen que se ejecuten prontamente;
- (iii) que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada;

¹ Artículo 6, numeral 1, Decreto 2591 de 1991

² T-406 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

³ Artículo 86 de la Constitución Política

⁴ Artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991

- (iv) que la acción de tutela sea impostergable, y de serlo se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna⁵.

Es decir, que el perjuicio irremediable hace referencia a un “grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables”⁶.

Ello implica que si la parte cuenta con mecanismos ordinarios de defensa de sus prerrogativas, no puede acudir directamente a la acción de tutela, salvo que se demuestre que se puede estar ante la existencia de un perjuicio irremediable.

Ya en un caso más cercano al presente, la H. Corte Constitucional en sentencia T-175 de 2010, en torno a la procedencia excepcional de la acción de tutela en caso de concurso, precisó:

“3. La procedencia excepcional de la acción de tutela frente actos administrativos en materia de concurso de méritos.

3.1. Esta Corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados.⁷ Así pues, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la acción de tutela se tornaría improcedente. En relación a las controversias que se suscitan contra actos administrativos en los concursos de méritos ésta Corte ha dispuesto que si bien en principio no es procedente el recurso de amparo, en casos excepcionales si procede: Ha dicho la Corte:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional”⁸.

3.2. De la jurisprudencia citada se puede concluir que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos en concurso de méritos para acceder a un cargo público cuando:

- No existen otros mecanismos de defensa para la protección del derecho conculcado o,

⁵ T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁶ T-161 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002 T-432 de 2002 SU-646 de 1999 T-007 de 1992, T-132 de 2006.

⁸ Ver sentencia T-315/98, T-1198 de 2001.

- Se configura un perjuicio irremediable. Por tanto el juez de tutela puede entrar a conocer de manera transitoria de asuntos que en principio le corresponden al juez contencioso administrativo, ya que de acudirse a la vía ordinaria este mecanismo judicial no sería eficaz para evitar la realización de tal perjuicio”.

Nótese entonces, que bajo las hipótesis de improcedencia de la acción de tutela, se encuentra específicamente la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, empero, ello no necesariamente implica que el Juez Constitucional proceda a declararla, dado que en determinados casos se pueden acreditar las salvedades para que en efecto se conozca de fondo la actuación, como son la evidente vulneración de derechos fundamentales o, cuando se verifique la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procede de manera transitoria.

Claro está, en estos casos, la carga argumentativa y probatoria se encuentra en la parte actora, quien tiene no solo que fundamentar sino comprobar tales circunstancias para que el Juez pueda entrar a revisar el fondo del asunto.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Prevé el artículo 29 de la Constitución Nacional que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es en sujeción al mencionado derecho fundamental que cualquier trámite dentro de la administración debe estar precedido por un funcionario competente para definir un asunto; un catálogo de derechos y deberes, y un procedimiento previamente establecido en el cual se debe garantizar la defensa y la contradicción.

Por ello la norma en cita determina:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Sobre el derecho en comento, la Autoridad de Cierre Constitucional, en sentencia T-845 de 28 de octubre de 2010, con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, estableció:

“... Esta Corporación ha resaltado que el objetivo fundamental del debido proceso es erradicar las actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas y ha explicado que la buena fe se encuentra evidentemente ligada a ese propósito, al perseguir que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.

En ese sentido, el principio de buena fe puede entenderse como un mandato de *“honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”*.⁹

Ahora bien, con relación a la estabilidad laboral relativa o intermedia de la que gozan los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad en cargos que son de carrera, la H. Corte Constitucional en sentencia T-096 de 2018, señaló:

“5.1. Como ya ha sido señalado, la creación de un régimen de carrera para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su naturaleza (general o especial), exige que el *acceso* y la *permanencia* en estos se logre, exclusivamente, con base en el mérito, a través de un proceso de selección en el que se evalúen las competencias y calidades de los aspirantes, de acuerdo con la regulación establecida por el legislador para el efecto.

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.)¹⁰. 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 Corte¹¹, si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo¹², 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.

⁹ C-131 de 2004; en el mismo sentido, T-248 de 2008.

¹⁰ Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, T-186 de 2013 y T-373 de 2017.

¹¹ Consultar, entre otras, las sentencias C-640 de 2012 y SU-554 de 2014.

¹² *Ibidem*.

5.4. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos¹³, 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 debidamente 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 pública¹⁴.

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”*¹⁵.

5.6. Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, *“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”*¹⁶.

5.7. En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos.¹⁷ Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.).

5.8. Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

5.9. En efecto, al resolver acerca de la discrecionalidad del Fiscal General de la Nación para definir los cargos específicos de esa entidad que serían provistos con el

¹³ Consultar, entre otras, las sentencias T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU-917 de 2010, T-289 de 2011, SU-446 de 2011, T-462 de 2011, C-640 de 2012, T-017 de 2012, T-605 de 2013, T-326 de 2014, SU-556 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

¹⁴ Sobre el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-553 de 2010, SU-917 de 2010, SU-554 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

¹⁵ Sentencia SU-446 de 2011.

¹⁶ Consultar, entre otras, las sentencias T-186 de 2013 y T-373 de 2017.

¹⁷ Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, C-640 de 2012, T-156 de 2014, T-326 de 2014 y T-373 de 2017.

registro de elegibles y la protección especial de los servidores en situación de debilidad manifiesta, en el mencionado fallo la Sala Plena sostuvo que:

“[...] 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, entendiéndose 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.

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”.

CASO CONCRETO

En el presente caso se debe entrar a verificar si han vulnerado o no los derechos a la accionante, claro está, confirmando primeramente los requisitos que para la procedencia de la acción, se han cumplido.

Así, el que hace relación a la subsidiariedad de la acción interpuesta de entrada se encuentra que no se cumple, en razón a que la accionante, para efectos de debatir las decisiones que dentro del concurso de méritos que se hayan proferido, podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con ocasión de la declaratoria de insubsistencia derivada del acceso de otra persona que se encontraba en lista de elegibles, al cargo que ella desempeñaba en provisionalidad.

Adicionalmente tratándose de desvirtuar la legalidad de la decisión adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, de rechazar la solicitud de exclusión, adoptadas mediante Resoluciones CNSC – 20192110014595 de marzo 15 de 2019 y CNSC – 20192110020165 de abril 2 del mismo año, ha debido como primera medida acudir a la acción contencioso administrativa a través del medio de nulidad y de igual manera, en caso de encontrar reparo frente a las decisiones individuales en su caso, debido a su participación dentro del concurso de méritos, podría haber interpuesto tal acción con el medio de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que no se ha corroborado en el presente asunto.

Siendo así, es clara la improcedencia de la acción impetrada a estas alturas, pues como lo indica la accionante y lo corrobora el Hospital Universitario Departamental de Nariño, ya se ha efectuado el respectivo nombramiento de la persona que ocupará el cargo en propiedad, quien al igual que la actora, se sometió a las reglas fijadas en la convocatoria y obtuvo un mejor puntaje, por tanto se ubicó en un puesto superior al de la demandante.

Y es que si bien existe una petición por parte del Hospital Universitario Departamental de Nariño, solicitando la exclusión de varios participantes al considerar que no cumplían con los requisitos mínimos, no obstante, como se dilucida claramente de la lectura de las Resoluciones CNSC – 20192110014595 de marzo 15 de 2019 y CNSC – 20192110020165 de abril 2 del mismo año proferidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, incorporadas por la accionante y la respuesta brindada por la Universidad Manuela Beltrán, las personas que se enlistaron en el documento elaborado por la ESE, acreditaron los requisitos mínimos exigidos al momento de realizar la convocatoria, por lo que aun cuando estos hubieren cambiado posteriormente, ello no era exigible, como en efecto lo precisaron las entidades.

Es decir, la convocatoria es norma obligatoria y vinculante pero no solo para los concursantes, sino para las autoridades que dirigen el concurso y hacen parte de las etapas del mismo, sin que sea susceptible sorprender a los participantes con circunstancias adicionales a las no estipuladas en ella, como en efecto lo advirtieron tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil al momento de dar respuesta al Hospital Universitario Departamental de Nariño y la Universidad Manuela Beltrán en la contestación brindada dentro de este trámite.

Adicional a ello, el Despacho también encuentra que la actora malinterpreta las disposiciones existentes en la materia, pues nótese que en ningún caso el legislador o la H. Corte Constitucional han precisado que no sea posible la desvinculación de un servidor público que desempeña el cargo en provisionalidad, cuando este ha sido sometido a concurso, pues contrario a ello, se ha impuesto el acceso por mérito como un principio de la carrera administrativa, claro está, como bien lo precisa el Hospital Universitario Departamental de Nariño, en el evento que la lista de elegibles no alcance a suplir la totalidad de vacantes, existen criterios para la desvinculación de las personas que ostentan los cargos en provisionalidad a fin de proteger a las personas que se encuentran en alguna o varias de las circunstancias contempladas en el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, sin que ello signifique que estas no puedan ser desvinculadas bajo ningún precepto.

En ese orden de ideas, la accionante no demostró que la entidad contaba con más vacantes que el número de personas que conformaba la lista de elegibles, todo lo contrario, pues ella misma precisó que se ofertaron 67 cargos, encontrándose ella en el puesto 106, es decir, los participantes que superaron las etapas exceden el número de plazas, con lo que no es posible dar aplicación a la protección por ella deprecada.

Dado lo anterior, se encuentra que aun analizando el fondo del asunto, no se percibe vulneración de los derechos reclamados por la accionante, el debido proceso ha sido garantizado por las autoridades, teniendo como base las reglas fijadas en la convocatoria, de las que en ningún momento se ha alegado su validez o legalidad.

Igualmente el acceso a la carrera administrativa se garantizó por medio del mérito y conforme las normas fijadas en la convocatoria, razón por la que si bien la accionante quedó en un puesto que no le permitió acceder a un cargo, ello no puede ser imputable a las autoridades, pues estas actuaron de conformidad con las normas que regulan la materia, sin que tal derecho permita exigir a la administración un nombramiento ajeno al mérito en los cargos que así lo exigen, por lo que de contara también se descarta la afectación del derecho al trabajo en condiciones dignas.

En relación con el derecho a la igualdad, la accionante no logró demostrar ninguna discriminación o que se hubiere tratado de forma diferente a otra u otras personas

participantes en la convocatoria, pues a todas se les aplicaron las mismas reglas y requisitos.

En lo que toca al derecho al mínimo vital y la estabilidad reforzada, debe señalarse, como ya se precisó, que ello es posible únicamente cuando se dan las circunstancias establecidas en el en el párrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, lo que en este evento no ocurrió, pues los participantes que superaron las fases del concurso y se ingresaron en la lista de elegibles, superaron con amplio margen el número de vacantes existentes.

Así las cosas, el Despacho no encuentra motivo para proferir una decisión ni siquiera transitoria de protección, la cual permitiría superar la improcedencia evidente de la acción interpuesta, pues no se ha logrado demostrar la vulneración de derechos que alega la accionante.

En este sentido, se declarará improcedente la acción impetrada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado por la señora DAYRA YANET ACOSTA VÁSQUEZ.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes, autoridades y vinculados, por el medio más expedito.

TERCERO.- COMUNIQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Contra esta sentencia procede la impugnación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Pasto y en todo caso el asunto será remitido ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA
JUEZA