

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL

GAMARRA – CESAR

Calle 6 No. 9-52 frente al Parque Principal
j01prmpalgamarra@cendoj.ramajudicial.gov.co

Siete (07) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA

Actor: FREDY JOSÉ MARTINEZ JIMENEZ

Accionados: CONCEJO MUNICIPAL DE GAMARRA CESAR, federación colombiana de autoridades locales –fedecal-, extensiva en pasiva al MUNICIPIO DE GAMARRA, CESAR e INDETERMINADOS.

Radicado No. 20-295-40-89-001-2019-00146-00, tomo 5, folio 337.

1.- EL ASUNTO:

Se ocupa el despacho en resolver de fondo la acción de tutela de epígrafe, teniendo en cuenta los siguientes:

2.- ANTECEDENTES:

2.1.- Presenta el señor FREDY JOSÉ MARTINEZ JIMENEZ acción de tutela *en nombre propio* pretendiendo obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, acceso a cargos, función pública y principios de función administrativa, solicitando en esencia lo que se sintetiza: 1.- Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, acceso a cargos, función pública y los principios de la función administrativa. 2.- Ordenar al Concejo Municipal de Gamarra Cesar, por conducto de la mesa directiva que en un término no mayor a 48 horas, modifique, adicione, reforme u suprima de la Resolución No 001 de 2019, los yerros que se evidencian en los hechos de la tutela y reforme el cronograma para respetar la etapa del reclutamiento como se establece el Decreto 1083 de 2015. 4.- Se ordene al Concejo Municipal de Gamarra Cesar, por conducto de la mesa directiva que en un término no superior a 48 horas proceda a publicar la respectiva convocatoria en los medios correspondientes, y una emisora con alcance nacional.

2.1.1.- Para sustentar sus pretensiones, narra una relación de hechos sintetizada así:

Que el Concejo municipal de Gamarra Cesar, en plenaria del 5 de agosto de 2019, autorizó a la mesa directiva para la apertura de la Convocatoria para proveer el cargo de Personero Municipal para el periodo comprendido 2020 -

2024, a través de la Resolución 01 de octubre 10 de 2019, conforme a formato remitido por un asesor de FEDECAL. Expresa que a diferencia que a diferencia de otros municipios que también cuentan con la asesoría de FEDECAL, en esta convocatoria se omitió la debida publicación en medios de divulgación, por lo que relacionó una serie de irregularidades como son:

No fue publicado el formulario de inscripción junto con la convocatoria, siendo este un documento necesario, pues si no se aporta es causal de inadmisión, tampoco se aclaró sí el mismo corresponde al Único de la Función Pública o se trata de uno especial elaborado por el Concejo Municipal.

Así mismo, en relación al artículo 20 de la Convocatoria señala que dentro de los documentos exigidos para la inscripción – debe hacer una relación de funciones desempeñadas en cada uno de los cargos con los cuales acreditan la experiencia profesional-, requisito que de no ser anexado genera causal de inadmisión del aspirante. Dicha situación es contraria a los postulados de los artículos 1 y 9 del Decreto 0019 de 2012, pues la misma exigibilidad se hace sobre los documentos enunciados en la hoja de vida, consagrado en el numeral 1 literal D del artículo 22 de las reglas del concurso, esto respecto a las funciones desempeñadas en cada cargo ocupado. En consecuencia, se puede inferir que existe prohibición legal de exigir documentos que reposen en la entidad, en este caso, la relación de funciones de los cargos desempeñados, pues el mismo contenido se desprende de las certificaciones laborales aportadas en la hoja de vida, considerando con ello el deber de modificar u suprimir dentro de las exigencias del artículo 20 de la Resolución 001 de 2019, su numeral J.

Se exige acreditar la experiencia profesional como independiente mediante declaraciones extrajuicio de terceros o copia de los contratos respectivos, desconociendo que ello se permite por medio de certificación del mismo participante.

Hizo mención a la reserva de las pruebas, enunciando el artículo 31 de la Resolución 001 de 2019, indicando que en otros concursos semejantes, en los cuales se ha permitido el acceso al cuadernillo, hoja de respuestas y sustento jurídico, omitiendo regular la oportunidad que tiene todo participante de acceder al cuadernillo de las pruebas y respuestas, para presentar reclamaciones.

Respecto a los criterios valorativos para puntuar lo correspondiente a los estudios no finalizados, consideró que la misma es ilegítima y vulneradora del principio del mérito, al considerar que esto genera confusión y carece de proporcionalidad. Además, respecto al valorar en fracciones mensuales, no se especifica cuanto será el puntaje asignado por días cuando no se alcance el cumplimiento del mes completo.

En relación a la prueba de competencias laborales, se desconoció lo contemplado en el Decreto 815 de 2018, que contiene las actitudes a evaluar.

Se vulneró el principio de publicidad al no publicarse de manera integral o suficiente a través de varios medios que garantizaran su conocimiento y permitieran la libre concurrencia al concurso de méritos.

2.2.- Se recibió la presente acción constitucional el día 24 de octubre de 2019 y mediante dos autos de ese día (uno requirió de secretaría la práctica de una prueba y el otro dispuso su admisión), se dio trámite a la acción, pidiendo concepto a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Departamento Administrativo de la Función Pública sobre los hechos de la tutela, también se decretó medida provisional de suspensión de la Convocatoria y su cronograma.

Con los oficios Nos. 1731, 1732, 1733, 1734, 1735, 1736, de octubre 25 de 2019 se comunicó el auto que admite la acción.

Posteriormente con proveído calendado octubre 28 de 2019 (ver fl. 52 del expediente) se dispuso realizar la debida integración del contradictorio vinculando a todas las personas naturales o jurídicas que puedan ver comprometidos sus derechos fundamentales para que si lo desean intervengan en el proceso, se pronuncien sobre la tutela y su contestación, aporten y soliciten pruebas. Decisión que se ordenó publicar en la página web de la rama judicial, la página web del municipio de Gamarra y en la cartelera del Concejo municipal. Se libraron oficios Nos. 1750, 1751 y 1752-2019-0114 para su comunicación.

2.3. – La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) dio contestación a la tutela exponiendo la falta de legitimación en la causa por pasiva y que los interrogantes planteados solo pueden ser aclarados por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

2.4.- El Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP contesta a la acción y da respuesta a los interrogantes que planteó el despacho con la admisión de la tutela, así:

Sobre la publicidad para la inscripción al concurso, acompasado con los principios constitucionales y especial el de publicidad, contestan que desde la normativa constitucional, Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015, no se encuentran unos tiempos mínimos establecidos para la realización de las diferentes etapas del proceso de selección, por lo tanto, queda todo conforme a la convocatoria que obliga a las partes del concurso.

Al responder sobre la inquietud del deber de la entidad convocante del concurso de subir los formularios de inscripción y el formato de hoja de vida que debe diligenciar el participante o si es suficiente que la entidad informe en la página web donde se obtiene el formato de hoja de vida; solo se limitan a responder que todo debe ser como figura en la convocatoria que es la norma reguladora del concurso.

Con respecto a la inquietud de la acreditación de experiencia como independiente con declaraciones extra juicio, indican la norma reguladora el artículo 2.2.2.3.8. del Decreto 1083 de 2015, según el cual la experiencia se acreditará con la declaración del mismo.

Sobre el tiempo para la exhibición de cuadernillos o resultados de las pruebas de conocimiento para permitirle al participante conocer sus respuestas y poder fundamentar sus recursos; informan que la convocatoria es la norma reguladora del concurso y como en ella se estableció que las pruebas tienen el carácter de reservado tal como figura en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, no se vulnera derecho alguno al no permitir dentro del proceso de la convocatoria al participante tener acceso a las pruebas como lo es el cuadernillo de respuestas.

Finalmente, con relación a si es legal o constitucional establecer puntajes por estudios de posgrado no finalizados en el concurso, manifiestan que se conformidad al artículo 25 del Decreto 785 de 2005, establece la posibilidad de compensar ciertos requisitos que se exigen para el ejercicio de un empleo en la administración pública, dando la posibilidad de acreditación de requisitos mínimos establecidos para el ejercicio correspondiente del empleo, los cuales deben encontrarse señalados en los manuales específicos de funciones y competencias laborales. En ese sentido es viable manifestar que cuando en la Ley o en un manual específico de funciones y de competencias laborales, exijan grados, títulos o licencias no podrán ser compensados por experiencia u otras calidades.

Aunado a lo anterior, de conformidad al artículo 2.2.2.3.3 sobre la certificación de educación formal se dispone que no es viable acreditar formación académica cuando el empleado público no cuente con el título de posgrado respectivo, es decir que solo se podrá validar la experiencia que cuente con el respectivo título.

2.5.- El Alcalde Municipal contestó el requerimiento manifestando que no tiene ninguna responsabilidad ni participación, tampoco ha prestado apoyo al Concejo Municipal para el proceso de convocatoria al concurso para elegir al Personero Municipal.

2.6 Por su parte el Concejo Municipal Guardo Silencio al requerimiento realizado por el despacho.

3.- LAS PRUEBAS:

Las pruebas documentales: militan del folio 27 al 310, 313 y 334 del cuaderno único.

Llegado el momento de proferir una decisión de fondo, se anotan las segundas:

4. CONSIDERACIONES:

4.1.- La acción de tutela es consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada en los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y el 1382 de 2000, como un instrumento jurídico al alcance de cualquier persona con la

cual puede obtener en forma inmediata la protección de sus derechos fundamentales - *incluidos los que taxativamente figuran en la Constitución como fundamentales, los que se aceptan por conexidad y los fundamentales dentro del bloque de constitucionalidad*-, cuando estos resulten amenazados o violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en aquellos casos autorizados por la Ley. Esta acción, no procede cuando el afectado cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Con este preámbulo se delimita la competencia del juez de tutela, que está encaminada a verificar la protección de los derechos fundamentales del actor, razón por la cual conviene precisar que la competencia dentro del proceso de tutela se limita única y exclusivamente a concretizar si efectivamente se vulneraron, vulneran o se amenaza un quebranto a los derechos fundamentales de quien acude a su protección, y si es procedente ordenar su protección.

4.2.- Bajo lo antes dicho, debemos entrar a estudiar el aspecto problemático del asunto analizado, la procedencia de la acción de tutela frente a los concursos de mérito propiamente frente a la existencia de medios de defensa y, si con la convocatoria que se censura se siguieron los estándares mínimos constitucionales y legales para la elección de personeros municipales o distritales. Con ese propósito se anota como problema jurídico el siguiente:

a.- ¿Vulnera el CONCEJO MUNICIPAL DE GAMARRA CESAR en la Resolución 001 de 2019, con la cual convocó al Concurso abierto y público para la elección de personero municipal periodo 2020 a 2024 los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al acceso a cargos públicos del actor FREDY JOSÉ MARTINEZ JIMENEZ, por las siguientes razones:

1.- Al no poderse inscribir al concurso por falta de publicación en la página web del formulario de inscripción.

2.- Exigir para la acreditación profesional con una relación detallada de funciones desempeñadas e igualmente pedir nuevamente los documentos enunciados en la hoja de vida, considerando con ello el deber de

modificar u suprimir dentro de las exigencias del artículo 20 de la Resolución 001 de 2019, su numeral J, por la doble exigencia de estas certificaciones.

3.- Por exigirse una forma de acreditar la experiencia profesional independiente no con la declaración del mismo sino con una declaración extrajuicio.

4.- Al existir reserva de las pruebas se omite la oportunidad que tiene todo participante de acceder al cuadernillo de las pruebas y sus respuestas, al igual el poder presentar reclamaciones.

5.- Los criterios valorativos para puntuar lo correspondiente a los estudios no finalizados.

Para dar respuesta a los interrogantes del problema jurídico y los efectos que el mismo tiene frente a las demás personas indeterminadas que deseen participar en el concurso público objeto de censura, ahondaremos en temas de carácter trascendental dentro del caso analizado. En su orden:

4.2.1.- CONCURSO DE MÉRITOS:

Compete concretar que nuestra Constitución¹ prevé el concurso de méritos como el mecanismo para acceder a la función pública, incluso para los cargos que no son de carrera. Este mecanismo que propende por el mérito², busca que sean escogidos las personas que cumplan con los requisitos para desempeñar el cargo para que hagan cumplir los fines y objetivos de las entidades públicas. Todo lo cual se logra a través de unos procedimientos reglados, abiertos, para excluir decisiones subjetivas y contrarias al mérito.

De esta forma se asegura la transparencia en el proceso de selección y el derecho a la igualdad, así como el derecho de acceso a cargos públicos, el debido proceso administrativo y al trabajo. En sí, con el mérito como medio de selección del personal que labora para el Estado y sus entidades se logran fines constitucionales y la garantía de una adecuada función pública.

4.2.2.- CONCURSO DE MÉRITO PARA LA ELECCIÓN DE PERSONERO:

El artículo 313 No. 8 de la C. P. de 1991, da a los concejos la competencia para elegir personero para el periodo de 4 años según la Ley 1031 de 2006, que amplió a un año más el periodo inicial de 3 años que traía el artículo 170 de la Ley 136 de 1994. Pero a partir de la Ley 1551 de 2012 se ordenó que la elección

¹ Del artículo 125 Constitución Política de 1991 se entiende que los empleos públicos son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Quienes no tengan un sistema de nombramiento serán nombrados por concurso público y el ingreso y ascenso a los cargos de carrera se hará por el mérito.

² Sobre el principio constitucional del mérito ver sentencias T-604 de 2013 y SU-011 de 2018, solo por citar unas.

de personeros municipales y distritales debe estar precedida de un concurso público de méritos, tal como lee de su artículo 35.

Fue el Decreto 2485 de 2014, modificado por el Decreto 1083 de 2015 que estableció reglamentación o estándares mínimos para la elección de personeros. Todo a la par de las condiciones que se establecieron en la sentencia C-105 de 2013, según la cual al revisar la constitucionalidad de apartes de la Ley 1551 la Corte dictaminó que estos concursos deben realizarse con independencia e imparcialidad, debiendo: *“...sujetarse a los estándares generales que la jurisprudencia constitucional ha identificado en esta materia, los cuales aseguran el acceso a la función pública, el derecho a la igualdad y el debido proceso, los objetivos de transparencia e independencia...”*

Elección que debe ser el resultado de un concurso abierto donde cualquier persona que cumpla los requisitos pueda participar, donde no haya la posibilidad de que los concejos previamente establezcan condiciones para cerrar la convocatoria a unos personas en particular, debiendo ser una convocatoria pública, donde el mérito como criterio de selección tenga mayor peso relativo dentro del concurso al momento de hacer la selección, en comparación con las entrevistas. Las fases de oposición deben responder a criterios objetivos, por eso los criterios de valoración deben tener por objeto que se logren candidatos con perfil específico del personero.

Todo aparejado del término de 10 días con que se debe publicar la convocatoria antes el inicio de las inscripciones como figura en el artículo 3 Decreto 2485 de 2014.

Conforme a lo anterior, la convocatoria que es en esencia un acto administrativo de carácter general y con el cual se dan los derroteros o paso a paso del proceso de selección se convierte en la norma rectora del mismo, tiene carácter obligatorio para la corporación así como para los aspirantes y todo aquel que debido a ella intervenga, como la entidad que se encargue de elaborar las pruebas de conocimiento. Tal como se regula en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y lo precisó entre otros el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta M. P. Hugo Fdo Bastidas Bárcenas, fechada febrero 23 de 2017 exp: 81001-23-33-000-2016-00411-01. Así como la Corte Constitucional en la sentencia T-780 de 2015, figura expresamente en el artículo 2.2.27.2. del Decreto 1083 de 2015, según el cual la convocatoria es norma reguladora de todo el concurso, obliga a la administración, a las entidades contratadas y a los participantes, trae las etapas del concurso, los requisitos que deben cumplirse, garantiza los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección y lo demás que sea inherente al proceso. Señala cuales con etapas del concurso, como son:

“... Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso.

c) Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.

El proceso público de méritos para la elección del personero deberá comprender la aplicación de las siguientes pruebas:

1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso.

2. Prueba que evalúe las competencias laborales.

3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria.

4. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso.”

Todo lo que arrojará que se debe escoger al primero de la lista para proveer la vacante de personero, como lo reglamenta el artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

Pero durante el proceso se debe cumplir con los mecanismos de publicidad que señala el citado decreto y que figuren en la convocatoria, dice la norma:

“ARTÍCULO 2.2.27.3 Mecanismos de publicidad. *La publicidad de las convocatorias deberá hacerse a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento que para el efecto expida el concejo municipal o distrital y a lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo referente a la publicación de avisos, distribución de volantes, inserción en otros medios, la publicación en la página web, por bando y a través de un medio masivo de comunicación de la entidad territorial.”*

Además, la forma de acreditar la experiencia como independiente es con la declaración del mismo aspirante, tal como figura en el pluricitado decreto artículo 2.2.2.3.8. capítulo 3 sobre factores y estudios para la determinación de requisitos.

4.2.3.- PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS EN LOS CONCURSOS DE MÉRITO:

La acción de tutela no está diseñada como un instrumento para controvertir actos administrativos generales o de trámite expedidos en el marco de un concurso de méritos, por disposición del numeral 5 artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, este medio no procede para los actos administrativos generales, impersonales y abstractos. Para ellos existe la acción de simple nulidad (art. 137 Ley 1437 de 2011).

Frente a los actos administrativos de trámite no cabe ningún recurso ni medio de control como lo prevén los artículos 75 y 161 de la Ley 1437.

Sin embargo, esta generalidad debe analizarse bajo criterios de idoneidad, eficacia del medio y urgencia, la regla general en muchas ocasiones se ha exceptuado para permitir la intervención del juez de tutela. Se debe tener en cuenta que si bien antes de expedirse la Ley 1437 de 2011 se hablaba de una ineficacia generalizada de las acciones contenciosas administrativas por la demora de sus procedimientos, con la expedición de ese nuevo código se obliga a realizar una valoración en concreto, pues de la mano con los medios de control (acciones) se establecieron las medidas cautelares para la efectividad de los derechos de los demandantes. Empero estas no operan con la celeridad que se quiere, debe existir la demanda, la regulación dada en los artículos 233 Ley 1437/2011 señala que se corre un traslado por 5 días y luego se tiene 10 días para decidir sobre ellas, lo cual en la práctica supera el límite máximo de los días que se tienen para decidir de fondo una acción de tutela. Esto sin contar que dichas decisiones son apelables y el superior tiene 20 días para fallar.

Son muchas las tutelas donde se ha analizado al interior de los concursos de mérito la idoneidad, eficacia y eficiencia de los medios judiciales de defensa de los participantes frente al proceso, así como la viabilidad del único medio constitucional para la protección de sus derechos, la tutela. (ver sentencias SU-133/98, SU-086/99, T-095/2002, T-388/98 y C-284 de 2014).

Sobre este punto en la sentencia T-059 de 2019 se comparó la eficacia de la acción de tutela y las medidas cautelares que dentro de ella se puede adoptar frente a las medidas cautelares de los medios de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Se dijo:

“En efecto, la naturaleza de las medidas cautelares implica que, de por medio, debe existir el ejercicio de una de las acciones previstas para iniciar un juicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en ese orden de ideas, (i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar

caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar³ y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.”

Todo esto sin dejar de lado que unas acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho exigen el requisito de conciliación como previo a la demanda, trámite que puede extender en el tiempo la eficacia del medio así como de las medidas cautelares que dentro del caso se puedan presentar.

4.2.4.- DERECHO A LA INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA RESERVA DE LAS PRUEBAS.

Por disposición del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 las pruebas aplicadas a los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indiquen la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de sus procesos de reclamación, en principio, la reserva a los aspirantes es legal y si figura en la convocatoria se revise de mayor fuerza.

Pero no puede desconocerse que la reserva absoluta restringe los derechos del participante, si bien antes y durante la pruebas ella debe permanecer para garantizar principios de transparencia, imparcialidad y buena fe entre otros, cuando el concursante desea reclamar por la inconformidad con los resultados obtenidos esa reserva debe levantarse para permitirle ejercer su defensa y un debido proceso rodeado de plena claridad. Especialmente por que su derecho a la información le garantiza acceder a reclamaciones mejor fundamentadas ó incluso, a desistir de ellas si se convence que falló en la prueba de conocimientos.

En ese orden de ideas, esta reserva tiene fundamento en momentos precisos y ella se debe levantar para el participante pueda hacer la reclamación y así se garantice su debido proceso, sobre el asunto se ha dicho⁴:

“En este contexto, la Corte Constitucional ha establecido que, si bien esta reserva tiene un sustento en la protección del derecho a la intimidad, así como la independencia y la autonomía que se debe prever en virtud del principio de mérito, es preciso distinguir la información y el momento en que tiene aplicación esta reserva. Como lo estableció puntualmente en la sentencia C-108 de 1995, “las pruebas que se aportan durante el proceso de selección son reservadas y sólo pueden ser conocidas por los empleados

³ De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

⁴ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de septiembre 25 de 2019, Acción de Tutela 11001-03-15-000-2019-01310-01 (acumulados) Yolanda Velasco Gutiérrez y otros contra Consejo Superior de la Judicatura Unidad de Administración de Carrera Judicial- y Universidad Nacional de Colombia. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

responsables del proceso. Cosa distinta es que los resultados pueden ser conocidos por todos los aspirantes. {...} se trata de una medida universalmente aceptada en los procesos de selección, y la reserva es apenas un mínimo razonable de autonomía necesaria para la independencia de los seleccionadores y una protección, también, a la intimidad de los aspirantes".

Posteriormente, y bajo este presupuesto, el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia T-180 de 2015 concluyó, al resolver sobre un concurso de méritos en el que la entidad responsable de la ejecución del mismo se había rehusado a entregar el informe de calificación al aspirante, con el argumento de la reserva legal, que esta se excepciona para la persona participante. En consecuencia, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que permitiera a la accionante conocer el contenido de las pruebas que presentó y los respectivos resultados. Arguyó la Corte en esa oportunidad:

"[...] la excepción a la citada reserva deba aplicar para el participante que presentó las pruebas y que se encuentra en curso de una reclamación, aun sin mediar autorización de la CNSC u otra entidad competente", con ello, siguió la Corte, "se garantiza el derecho de contradicción y defensa contenido en el artículo 29 Superior".

Esto quiere decir que, en tanto que los concursos públicos se desarrollan de manera reglada como un trámite administrativo, tiene plena importancia y aplicación el artículo 29 de la Constitución que garantiza el derecho al debido proceso. Derecho que parte de garantías aplicadas a este trámite preciso, como es el derecho al acceso a la información, pues las personas participantes deben poder, no solo conocer las reglas del concurso, sino también los resultados de sus pruebas como presupuesto de la transparencia del mismo, y, además, como sustento del debido proceso que implica la posibilidad de controvertir las decisiones adoptadas."

En esa decisión del Consejo de Estado cuyos apartes se acaban de transcribir, tomada a raíz de varias acciones de tutela acumuladas, unas de ellas promovidas por el lugar de exhibición de los resultados de las pruebas que solo fue Bogotá, a pesar que los participantes habían presentado sus exámenes en distintas sedes del país, se consideró que el señalamiento de un lugar determinado e único, resulta si bien justificado, desproporcionado frente al derecho de los participantes del acceso a la información y al debido proceso. En estos casos tal y como lo señaló la sentencia T-180 de 2015, la garantía efectiva de los derechos podría dar lugar a exigir a la entidad que administra la convocatoria que trasladen la información objeto de exhibición a los lugares donde se presentó la prueba.

Se dijo:

"En tal orden de ideas, la fijación en un lugar en concreto para la exhibición no resulta, en si mismo, vulnerador de los derechos fundamentales, luego sí resulta cuestionable que de manera abstracta y formal, las entidades responsables hayan previsto la exhibición sin atender la situación de quienes no pueden acudir a la ciudad de Bogotá, personas que se verían en una situación de desigualdad evidente respecto de los residentes en ella, y lesionados, tanto en la posibilidad efectiva de recabar información, como en la de presentar los recursos de ley.

...
....
De manera que, la unidad accionada, en ejercicio de la autonomía administrativa y servida del conocimiento que tiene de las circunstancias de la información y de sus fuentes donde están contenidas, **deberá adoptar las medidas para efectos de que las personas que efectivamente no pueden acudir a la ciudad de Bogotá puedan tener acceso al cuadernillo de preguntas y sus respuestas bien sea con fórmulas como la constitución de apoderado bajo las medidas de seguridad que considere necesarias, el envío telemático, o incluso, cuando sea necesario, el envío físico.** Todo lo cual a partir de la garantía de cadena de la custodia que considere efectiva. Igualmente, deberá establecer las reglas para la consulta de información teniendo en cuenta que la reserva legal se levanta para cada participante en relación con sus respuestas y sobre el cuadernillo de preguntas toda vez que estas pruebas ya fueron practicadas y no se pondría en riesgo la seguridad y transparencia del concurso.”

4.3.- DEL CASO EN CONCRETO:

El Concejo municipal de Gamarra Cesar, a través de su mesa directiva expidió la Resolución No. 001 de octubre de 2019 “Por medio de la cual se convoca y reglamenta el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Gamarra Cesar” denominada Convocatoria No. 001 de 2019. Acto que trae anexo el cronograma del concurso, iniciando con la inscripción de candidatos los días 24 y 25 de octubre y terminando con la elección del personero el 10 de enero de 2020.

Fue expedido como la norma rectora del proceso de selección de personero municipal para el periodo 2020 a 2024, siendo publicado el mismo día de su expedición en la cartelera del concejo y en la página web del municipio de Gamarra www.Gamarra-Cesar.gov.co.

A este centra los reproches el accionante, como no se conocen actos de trámite que se hubieran expedido a causa de esa convocatoria, la procedencia de la acción se analizará exclusivamente frente a esa decisión de la mesa directiva de la corporación territorial.

Frente al requisito de la **subsidiaridad**, según el cual la acción de tutela no procede cuando existan otros medios de defensa al alcance del actor, se debe anotar que si bien la acción tiene procedencia excepcional como se desarrolló en el numeral 4.2.3. de estas consideraciones, al caso en concreto la existencia de otros medios de defensa no se acredita, como acto administrativo general no es objeto de recursos en la vía gubernativa, por expresa disposición del artículo 75 de la Ley 1437 de 2011. Quedando solo el medio de control de nulidad y/o nulidad y restablecimiento de derechos, propios de los artículos 137 y 138 ibídem.

Sin embargo, los medios de control o acciones contenciosas no son idóneas ni

tienen eficacia suficiente para evitar la consumación de un perjuicio al actor, especialmente por la imposibilidad de promoverlas sin que se surta el cronograma del concurso, todo lo cual amerita una intervención de urgencia en pro de los fines del Estado, los principios de la función pública y el mérito como garante del empleo público.

Nótese que cuando se promovió la presente acción de tutela (octubre 24 de 2019) se había iniciado el proceso de inscripción de candidatos al cargo de personero municipal según el cronograma, solo por dos (2) días, para luego surtirse 19 etapas más del proceso de selección que se desarrollaran hasta enero 10 de 2020, fecha en que se debe elegir personero según el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

Entonces, como existen dos meses calendario para llevar a cabo todo el proceso de selección y elección de los aspirantes al cargo de personero municipal de esta ciudad, entendemos con ello que los medios de defensa judiciales a disposición de quien hoy demanda en tutela, incluidas las medidas cautelares, que como atrás se anotó requieren de traslado, decisión del juez de primera instancia y del de segunda instancia, si hay apelación, lo que puede demorar 35 días hábiles; sin sumar el tiempo que debe disponer el actor para promover su demanda la que como se conoce tiene un rigor procesal que no se exige en la tutela. Fácil es concluir que ningún medio judicial tiene la efectividad de la tutela, las resultas de todos ellos podrían generar decisiones que significarían para el demandante retribuciones económicas o la anulación de un proceso de elección cuando ya esté en curso el período institucional de 4 años del personero municipal, hecho notoriamente grave.

La premura y rapidez con que se debe actuar para corregir los errores que puedan existir y, de contera permitir al concejo municipal reorganizar su convocatoria y cronograma, solo se logra con la acción de tutela. Por tal, la misma desde ese punto de vista resulta procedente como medio de control definitivo en este caso en particular.

La ***constitucionalidad y legalidad de la convocatoria*** como norma reguladora del concurso debe respetar parámetros y principios constitucionales, así como los estándares mínimos para la elección de personeros municipal y distrital reglados en el Decreto 1083 de 2015, algunos de ellos, omitidos en la decisión de la mesa directiva del concejo municipal.

La convocatoria o norma directriz resulta ambigua y sin reglas claras para el aspirante e incluso para quien preste apoyo al proceso de selección (a pesar que no se conoce quien), especialmente desde sus primeras etapas, como exigir diligenciar formulario de inscripción firmado por el concursante, sin que se publique el mismo, omisión que no da transparencia al proceso, ni evidencia reglas claras, máxime cuando el aspirante puede hacer inscripción por correo electrónico.

No resultando razonable la carencia de dicho formulario, pues este es indispensable como requisito para ser admitido en la convocatoria, impidiéndole al aspirante cumplir con dicha exigencia, además, no está incorporado en ningún acto de trámite posterior a la norma reguladora del concurso, ni como manual de inscripción ni con otro título similar, impidiendo el proceso de inscripción vía correo electrónico y dejando la inscripción que se realiza en físico en un vacío, que atenta contra el principio de publicidad, transparencia y buena fe de la administración en los procesos de selección.

La convocatoria no puede estar en franca oposición al Decreto que reglamenta el proceso de selección de personeros, que contiene los estándares mínimos para la elección de personeros municipales, Decreto 1083 de 2015, especialmente en lo exigido para acreditar la experiencia del independiente, tal decreto estableció que ella se acredita con la declaración del mismo participante según se lee del inciso 2 artículo 2.2.2.3.8. y no como se exige en numeral 5 experiencia profesional del artículo 22 de la Resolución 001, esto es, con declaración extra juicio de tercetos o copia de los contratos respectivos. Esto demuestra la ilegalidad sobre este punto del acto que regula el proceso de selección.

La puntuación sobre estudios que figura en la convocatoria, se dio en forma única para los estudios no finalizados sin exigencia del título correspondiente, tal como se lee del artículo 51, cuando la generalidad de las convocatorias para distintos cargos públicos (los de rama judicial para funcionarios y empleados, los de directores de E.S.E., para directores y gerentes de las demás entidades descentralizadas por servicios en los niveles nacional, departamental y municipal o distrital, para el personal que cumple funciones en las misiones en el exterior como en las categorías de agregado, consejero especializado, adjunto y asesor, entre otros), se le da puntaje a los estudios finalizados de especialización, maestría y doctorado, igual ocurre para las equivalencias, donde a cambio de estudios de posgrado – cuando se trata de ellos – debidamente titulados se permite experiencia en cientos campos, sin contar con que dentro de los requisitos para desempeñar cargos públicos en Colombia siempre se exige el título académico y de posgrado según el tipo de

empleo. Por tal razón, los procesos de selección de los empleos públicos y los requisitos para ejercer un cargo público establecen puntuación a quien acredite el título, no para el estudiante. El mismo Decreto 1083 de 2015 trae los requisitos para los cargos de nivel directivo, nivel asesor y nivel profesional, la exigencia del título profesional y título de posgrado (ver artículos 2.2.2.4.2., 2.2.2.4.3., y 2.2.2.4.4.).

La sola exigencia de inscripción a estudios superiores como suficientes y únicos para calificar antecedentes no está acorde con el *principio del mérito*⁵ que determinaría quien resulta más capacitado para desempeñar el cargo público y

⁵ Propio del numeral 2 artículo 2 de la Ley 909 de 2004 según el cual las cualidades personales y la capacidad profesional son elementos sustantivos en los procesos de selección del personal que integra la función pública.

con ello cumplir los fines constitucionales y la función pública, menos aún en cuanto a *capacidad profesional* como una exigencia derivada del mismo, debido a que esa capacidad se adquiere con la consolidación de los estudios y la titulación respectiva, más no con la inscripción a un programa determinado que no siempre significa el cumplimiento de los estándares académicos del alumno que le permitan recibir el título al cual aspiró.

La sola calificación o puntuación (no por título obtenido), a más de entrañar una separación del principio constitucional del mérito, se aleja particularmente de otros principios que deben regir el concurso de personeros, según la sentencia C-105 de 2013, uno de ellos es el derecho a la *igualdad*, la que no se garantiza si se califica igual a quienes están en condiciones diversas, esto es, partiendo de la posibilidad de presentarse aspirantes con títulos de posgrado y frente a quienes aún no lo han recibido. Por tal, la norma ha debido establecer puntajes diversos para quien cursa estudios de posgrado en la modalidad de especialización, maestría o doctorado y, para quien ya los finalizó con su respectivo título que así lo acredite, en tales condiciones si se respetaría el mérito, se ponderaría con mayor grado las circunstancias de cada aspirante y se garantizaría la igualdad de trato a los participantes que así lo ameriten.

La oportunidad para acceder al resultado de las pruebas que se tacha de inexistente figura en el artículo 68 A de la convocatoria, limitada a un lugar específico, donde el participante que desee conocer su examen solo podrá hacerlo en la ciudad de Bogotá, ante un ente especializado que lleve a cabo el asesoramiento del concurso donde se le indicará las respuestas que erró, cuales contestó de manera acertada y cuáles no, todo con limitaciones de transcripción, de tomar copias o fotocopias y demás según la cadena de custodia y la reserva de las pruebas que figura en el artículo 31 de la convocatoria.

Pero en la práctica no hay esta oportunidad, si miramos el cronograma del concurso nos damos cuenta que los resultados de las pruebas escritas se publican el 13 de noviembre de 2019 y la oportunidad para las reclamaciones es los días 14 y 15 del mismo mes, no existiendo espacio de tiempo alguno fijado en el cronograma donde el aspirante pueda acceder a sus resultados, ni definido en la convocatoria ni en otro acto administrativo, menos aun cuando la oportunidad para acceder a tales documentos se da solamente en la ciudad de Bogotá. Este derecho del concursante quedó parcialmente reglamentado pero

sin posibilidad alguna de ejercerlo, por no figurar así establecido ni por espacio de tiempo.

Ahora bien, frente al derecho a la información ésta reserva de las pruebas no es absoluta, existe durante el proceso y hasta el momento del examen para el participante, quien tendrá derecho a realizar las reclamaciones conociendo los resultados de sus pruebas por *transparencia e imparcialidad* como principios reguladores del concurso, lo que apareja la garantía del debido proceso.

Adicionalmente la posibilidad de conocer los resultados de las pruebas solamente en la ciudad de Bogotá, puede convertirse en una barrera de acceso a las mismas, irrazonable y desproporcionado frente a las aspiraciones legítimas de los concursantes. El proceso es para proveer el cargo de personero municipal de Gamarra Cesar, empleo que por lo general podrá interesar a quienes cumplan los requisitos y sean residentes en este municipio o en municipios cercanos; así, siendo un solo cargo el ofertado y cuyas competencias territoriales están bien delimitadas ha debido el órgano encargado de elegir al concursante disponer de un lugar cercano a esta sede territorial si no hay posibilidad de hacerlo aquí, todo claro está, con garantía de la respectiva cadena de custodia, para permitir este derecho del aspirante a conocer los resultados de sus pruebas de conocimiento y poder argumentar reclamaciones o desistir de ellas.

Sobre la oportunidad o plazos para desarrollar las etapas de la convocatoria según el cronograma, lo que replicó el actor como incomprensible si se lleva a cabo la inscripción en tan solo dos días, encuentra el despacho que efectivamente la regulación legal a los procesos de selección y elección de personeros municipales o distritales propia de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015, no estableció tiempos mínimos para la realización de las etapas del proceso, salvo el término de 10 días que debe existir entre la publicación de la convocatoria y el inicio de las inscripciones como figura en el artículo 3 Decreto 2485 de 2014, el cual si cumplió. Así es fácil concluir que no existe ilegalidad alguna en dicho aspecto.

Ahora bien, esos plazos cortos están justificados en la poca disponibilidad de tiempo con que cuenta el Concejo municipal para realizar el proceso formal de selección y elección de personero, solo hasta octubre 10 de este año se profirió el acto administrativo general de la convocatoria regulado por una serie de etapas del proceso que según el programa finalizarían el 10 de enero de 2020 con la elección del personero.

4.4.- LA DECISIÓN:

Dentro de los planteamientos expuestos corresponde como consecuencia lógica decretar el amparo de tutela, ordenar la protección de los derechos fundamentales del actor al debido proceso administrativo y los principios constitucionales que regulan los concursos como de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, transparencia y publicidad en el proceso de elección, así como el derecho de acceso a funciones y cargos públicos, el principio constitucional del mérito; frente a la Mesa Directiva del

Concejo Municipal de esta ciudad y propiamente al expedir la Resolución No. 001 de octubre de 2019 *“Por medio de la cual se convoca y reglamenta el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Gamarra Cesar”* denominada Convocatoria No. 001 de 2019, la que trae anexo el cronograma del concurso y en consecuencia ordenar a esa corporación que en el término perentorio haga lo siguiente: 1.- Realice la

publicación del formulario de inscripción al concurso para que facilite a los aspirantes la inscripción vía correo electrónico. 2.- Determine la puntuación sobre educación en la prueba de análisis de antecedentes según la regla del artículo 51 de la convocatoria, asignado calificación también a los aspirantes que acrediten títulos de posgrado en la modalidad de especialización, maestría y doctorado, acode al principio del mérito y su sub-principio de capacidad profesional y al principio de igualdad, claro está, todo debidamente ponderado con unos puntajes mayores para los titulados que para los estudiantes. 3.- Garantice en el cronograma la posibilidad real y material de acceder a los resultados de las pruebas de conocimiento que hoy figura reglado en el artículo 68 A de la convocatoria, modulando el derecho a la reserva de los resultados frente al derecho a la información del participante tal y como se anotó en el numeral 4.2.4. y 4.3. de esta providencia, propiamente las consideraciones y el caso en concreto; prefiriendo como lugar para la exhibición esta ciudad o en su defecto una ciudad cercana territorialmente en garantía de un debido proceso administrativo, con transparencia e imparcialidad.

Los demás aspectos censurados de la convocatoria como lo concerniente a la acreditación de la experiencia como independiente, la pruebas de las competencias laborales, las exigencias de Nit, números telefónicos de las certificaciones, así como el plazo mínimo para el proceso de inscripción, la exigibilidad de doble exigencia de acreditación profesional, en su mayoría contrarios al Decreto 1083 de 2015 y las normas legales reguladoras del concurso de méritos para elegir personero (salvo el tema de los plazos mínimos), no se ordenaran corregir, modificar o cambiar; si bien resultan ilegales, no son inconstitucionales, por tal no puede este servidor judicial entrar a apropiarse de competencias del juez administrativo, más cuando estas fallas del acto administrativo de la convocatoria no tienen la virtualidad de vulnerar los derechos fundamentales de quien acude al proceso de tutela, solo se convierten en cargas adicionales a las legales o en formalismos que por sí solos no son quebrantadores de sus fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Gamarra, Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y los principios constitucionales que regulan los concursos como de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, transparencia y publicidad en el proceso de elección, así como el derecho de acceso a funciones y cargos públicos y, al principio constitucional del mérito

del actor FREDY JOSÉ MARTINEZ JIMENEZ y demás personas indeterminadas que estén en idéntica situación que él, frente a la Mesa Directiva del Concejo Municipal de esta ciudad vulnerados con ocasión de la expedición Resolución

No. 001 de octubre de 2019 *“Por medio de la cual se convoca y reglamenta el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Gamarra Cesar”* denominada Convocatoria No. 001 de 2019, conforme a las motivaciones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la Mesa Directiva del Concejo Municipal de esta ciudad que en un término no superior a cinco (5) días realice lo de su competencia para que adopte las motivaciones atrás expuestas en esta providencia y en consecuencia: 1.- Ordene la publicación del formulario de inscripción al concurso y así facilite a los aspirantes la inscripción vía correo electrónico. 2.- Determine la puntuación sobre educación en la prueba de análisis de antecedentes según la regla del artículo 51 de la convocatoria, asignado calificación también a los aspirantes que acrediten títulos de posgrado en la modalidad de especialización, maestría y doctorado, acode al principio del mérito, de capacidad profesional y al principio de igualdad, claro está, todo debidamente ponderado asignando mayores puntajes a los titulados frente a los que no lo son. 3.- Garantice en el cronograma la posibilidad real y material de acceder a los resultados de las pruebas de conocimiento que hoy figura reglado en el artículo 68 A de la convocatoria, modulando el derecho a la reserva de los resultados frente al derecho a la información del participante tal y como se anotó en los numerales 4.2.4. de consideraciones y 4.3. caso en concreto, de esta providencia, prefiriendo como lugar para la exhibición esta ciudad ó en su defecto una ciudad cercana territorialmente en garantía de un debido proceso administrativo, con transparencia e imparcialidad.

TERCERO: Levantar la medida cautelar de suspensión de la convocatoria 001 de 2019 que se decretó con el auto admisorio de la presente acción de tutela, por la decisión de fondo aquí tomada.

CUARTO: Comunicar inmediatamente lo decidido en este fallo a los interesados por el medio más expedito.

QUINTO: Ordenar la publicación del fallo en la página web de la Rama Judicial, página web del municipio de Gamarra Cesar y, en la cartelera del Concejo Municipal, para de esta forma garantizar la notificación a los indeterminados.

SEXTO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo, si antes no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIRO ANDRÉS DEL TORO CHACÓN
Juez