



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
DUITAMA**

Duitama, dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACTORA: YENNY FERNANDA DÍAZ SERRANO
ACCIONADOS: MUNICIPIO DE DUITAMA, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.
RADICACIÓN: 15238-3333-003- **2022-00101** 00

I. LA ACCIÓN

1. Decide el Despacho sobre la acción de tutela instaurada por YENNY FERNANDA DÍAZ SERRANO en contra del MUNICIPIO DE DUITAMA, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (en adelante CNSC) y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (en adelante UNAL), con el objeto de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, mínimo vital, al trabajo y al derecho de petición.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones (fl. 60-61)

2. Solicita la accionante se tutelén sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a la CNSC y UNAL estudiar las equivalencias entre los empleos para las OPEC 34374 código 314 grado 05 (SIC) y 34314 código grado 05 y de ser procedente se modifiquen los requisitos y listas de elegibles de los anteriores cargos con las personas que hubieran acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos, para que posteriormente y previa autorización de las mencionadas entidades, el Municipio de Duitama efectúe el nombramiento de la accionante en el cargo de Técnico Administrativo OPEC 34374 y sea retirada como última opción por ser madre cabeza de familia.

3. De otra parte, solicita se ordene al Municipio de Duitama trasladar a la accionante a un cargo de similar categoría y remuneración al que ocupa actualmente en la Secretaría de Hacienda municipal.

Fundamentos Fácticos. (fls. 12-16)

4. La parte accionante manifiesta que ingresó el 15 de septiembre de 2016 a laborar en el cargo de Técnico Administrativo código 314 grado 04 de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Duitama y en la actualidad es madre cabeza de familia teniendo a cargo dos hijos, sin tener otro sustento económico adicional para su supervivencia.

5. Agrega que el Municipio de Duitama adelanta el proceso de provisión de cargos mediante concurso de méritos, del cual la accionante hace parte de la lista de elegibles para el cargo OPEC 34374 Técnico Administrativo código 314 grado 04 de la Secretaría

de Hacienda sin que la CNSC determinara como requisito para concursar para ese cargo la acreditación de la Tarjeta Profesional.

6. Relata que presentó derecho de petición ante la CNSC solicitando claridad sobre los cargos ofertados en la convocatoria para Boyacá, Cesar y Magdalena, al cual mediante Radicado 20206000224042 de fecha 14 de abril de 2020 se le otorgó respuesta indicándosele entre otras cosas que la UNAL es la encargada de realizar las diferentes etapas del proceso de selección.

7. Señala que el 30 de diciembre de 2021 solicitó al municipio de Duitama el amparo de su puesto de trabajo por ser madre cabeza de familia y la exclusión de la listas de OPEC 34374, petición a la cual mediante oficio OTH 1081-31-014-2022 del 13 de enero de 2022 se otorgó respuesta donde se le indicó que los derechos de cabeza de familia no prima sobre los derechos de quienes desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones y que la entidad encargada de adelantar las etapas del proceso de selección es la UNAL quien revisa los requisitos mínimos exigidos para los cargos y falencias que se presenten en el manual de funciones de la entidad que provee los cargos.

8. Finalmente refiere que, si bien se presentó en el concurso de méritos para el cargo que ostenta, la convocatoria omitió exigir el requisito de la tarjeta profesional conforme lo establece la Ley 1409 de 2010 y que teniendo en cuenta que como se señala la revisión de los requisitos para la provisión de cargo lo realiza la UNAL, tanto el Municipio como la CNSC omitieron el deber de remitir las peticiones para que la Universidad emitiera un pronunciamiento de fondo.

III. TRAMITE PROCESAL

9. La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 28 de marzo de 2022 y correspondió por turno a este Despacho judicial según consta en el acta de reparto No. 3598322. (Fl 122).

10. Mediante auto del 29 de marzo de 2022 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia decretando algunos medios de prueba, así como la comunicación a los aspirantes al cargo OPEC 34374 de la convocatoria Cesar, Magdalena y Boyacá para que manifiesten su interés de hacer parte de la presente acción (fl. 127-132).

11. La anterior providencia fue notificada el día 29 de marzo de 2022 según se observa en las constancias electrónicas del correo institucional (fls. 133-142).

Contestaciones.

MUNICIPIO DE DUITAMA (fl. 145 a 156)

12. A través de apoderado designado para el efecto, el municipio de Duitama se pronunció respecto de la acción de la referencia indicando que no es posible que se atribuya a la entidad que representa algún tipo de responsabilidad, toda vez que la entidad encargada de adelantar los concursos de méritos es la CNSC y el municipio de Duitama no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

13. Agrega que la acción de tutela resulta improcedente como quiera que la controversia planteada por la accionante recae sobre una fase que ya está culminada y en la actualidad ya se encuentra conformada lista de elegibles por lo tanto no es factible que en este punto

se retrotraiga las actuaciones del mismo concurso.

14. Finalmente considera que la tutelante ante cualquier inconformidad debe acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no se debe acceder a la tutela deprecada de los derechos fundamentales y solicita se desvincule a la entidad territorial del curso de la presente acción por falta de legitimación por pasiva al ser otra la entidad que adelanta el concurso de méritos del que se expone la presunta vulneración de derechos fundamentales.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC (fl. 186 a 209)

15. La CNSC por su parte señaló que se opone a la prosperidad de las pretensiones de tutela como quiera que afirma en un principio que la accionante no se encuentra inscrita a la convocatoria 1137 a 1298 y 1300 a 1304 de 2019 territorial Boyacá, Cesar y Magdalena y no existe fecha para la aplicación de pruebas de competencias básicas funcionales y comportamentales, por lo que no se encuentra probada la vulneración de ningún derecho fundamental.

16. Agrega que no se encuentra acreditado igualmente un perjuicio por ausencia de urgencia, gravedad o carácter impostergable del amparo de tutela.

17. Más adelante indica que para el empleo No. 34374 de la Alcaldía de Duitama la accionante ocupa el tercer lugar en la lista de elegibles del concurso que se adelanta atendiendo el Acuerdo No. CNSC-2019000004936 del 14 de mayo de 2019 modificado por el Acuerdo No. CNSC-20191000009506 del 13 de diciembre de 2019, donde se establecieron pautas del concurso que surgieron del manual de funciones establecido por la Alcaldía de Duitama.

18. Agrega que la CNSC no puede intervenir en las disposiciones que establezcan las entidades en el manual de funciones y competencias laborales, y el concurso se adelanta atendiendo la oferta pública de empleos que reporta la misma entidad.

19. Relata que conforme a pronunciamientos de la Corte Constitucional, la tarjeta profesional constituye el documento para respaldar los estudios realizados y su presentación se torna necesaria en la medida en que haga parte de los requisitos establecidos para acceder a un cargo cuando la Ley así lo determine, sin embargo, se estableció en el Acuerdo regulador del concurso en el numeral 3.1.2.1 que la tarjeta profesional o matrícula correspondiente no constituye un requisito indispensable para la participación del proceso de selección.

20. Refiere que uno de los requisitos para participar en un concurso de méritos es aceptar las reglas y condiciones del concurso, las cuales se entienden aceptadas con la inscripción del aspirante a la convocatoria.

21. Agrega que si bien para el cargo denominado OPEC 34314 se indicó que debía contarse con tarjeta o matrícula profesional de archivista, dicho requisito no fue tenido en cuenta en la etapa de verificación de requisitos para el mismo cargo, sin perjuicio de que pueda ser exigible por parte de la entidad nominadora al momento de realizar el nombramiento o posesión de la persona que integre una lista de elegibles.

22. Finalmente señala que los requisitos para el cargo OPEC 34374 solo establecían que el aspirante fuera Técnico Administrativo o en Archivo y Documentación con experiencia mínima de 12 meses, requisitos que fueron tenidos en cuenta para el caso particular de la accionante quien luego de surtir todas las etapas del proceso ocupó la tercera posición

en la lista de elegibles y si bien pueden surgir condiciones especiales que recaigan sobre los aspirantes o servidores provisionales de los cargos de carrera (como el ser madre cabeza de familia), sus derechos ceden ante la prevalencia del derecho de acceder a un cargo por méritos toda vez que su incorporación en provisionalidad tiene desde su configuración una estabilidad relativa que no puede ser entendida al derecho de acceder al cargo de una persona que supera las condiciones de mérito de otros aspirantes.

23. Agrega que del paralelo de los cargos de OPEC 34374 grado 04 adscrito a la Secretaría de Hacienda y 34314 grado 05 adscrito a la Secretaría General, ambos de la Alcaldía de Duitama, se puede observar que se establecieron conforme al manual de funciones requisitos diferentes para su acceso los cuales fueron tenidos en cuenta al momento de realizarse la convocatoria al concurso de méritos que fue aceptado con su inscripción por la accionante, etapa que se surtió hace más de dos años, por lo tanto, tampoco resulta factible tener por acreditado el requisito de la inmediatez que cobija las acciones de tutela y en ese orden solicita se despachen desfavorablemente las suplicas de la demanda de tutela.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (fls. 215 a 223)

24. Por parte de esta entidad, se señala que, atendiendo la naturaleza de las acciones de tutela, su procedencia opera cuando no existe otro mecanismo de defensa o se presenta la inminencia de un perjuicio irremediable, sin embargo, no se encuentra probada la ocurrencia del mencionado perjuicio irremediable por parte de la accionante.

25. Agrega que la controversia surge de la inconformidad de la actora sobre las respuestas que fueron impartidas a los derechos de petición hecho que escapa de la órbita del amparo de las acciones de tutela.

26. Señala que debido al paso del tiempo se torna inoportuna la presentación de la acción de tutela toda vez que han transcurrido más de 4 meses desde la publicación de los resultados de las pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales y 3 meses desde la publicación de los resultados definitivos de la prueba de valoración de antecedentes, por lo tanto, considera que debe declararse la improcedencia de la acción al evidenciarse que la Universidad no ha vulnerado ni amenazado los derechos de la tutelante.

TERCEROS INTERVINIENTES – NECTY ESNEIDA BEJARANO MALAVERA (fls. 342 a 348)

27. Teniendo en cuenta que en el auto por medio del cual se admitió la acción de la referencia se ordenó comunicar a las personas inscritas en el cargo OPEC 34374 Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 del municipio de Duitama, la señora NECTY ESNEIDA BEJARANO MALAVERA se pronunció respecto a la acción de tutela que ahora es objeto de análisis señalando que solicita se tengan en cuenta sus derechos adquiridos de buena fe, los cuales obtuvo al participar al concurso de méritos convocado por la CNSC, cumpliendo con los requisitos exigidos y superando las pruebas del mismo concurso, lo cual la posicionó en el primer lugar de la lista de elegibles de la oferta pública enunciada.

28. Agrega que la accionante se encontraba en las mismas condiciones, incluso superiores para participar en el concurso de méritos del cual con esfuerzo logró obtener el primer lugar, motivo por el cual solicita se declare inexistencia de violación de los derechos invocados por la accionante y en su lugar se amparen los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo a acceder a los derechos de carrera, confianza legítima,

mérito y se dé continuidad al trámite de provisión definitiva del cargo con su nombramiento en periodo de prueba.

29. Finalmente señala que las bases, reglas y condiciones del concurso fueron establecidas con anticipación y no es posible en esta instancia proceder a modificarlas ya que constituyen ley para las partes, adicionalmente señala que, el fuero de estabilidad relativo que poseen las personas nombradas en provisionalidad solo puede ser removido por un empleado con derechos de carrera administrativa.

30. Agrega que pone en conocimiento del Despacho que cuenta con una condición de especial protección al ser madre cabeza de familia.

IV. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

31. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, corresponde al Despacho determinar, en primer lugar, si para el caso puesto a consideración es procedente la acción de tutela.

32. En caso afirmativo se deberá verificar si existe vulneración a los derechos fundamentales cuya protección invoca la accionante, como consecuencia de no haberse determinado por parte de la CNSC, como requisito dentro de la convocatoria No. 1137 a 1298 y 1300 a 1304 en el cargo OPEC 34374 técnico administrativo código 314 grado 04 de la Secretaría de Hacienda del municipio de Duitama, la tarjeta profesional conforme lo dispone la Ley 1409 de 2010.

33. De otra parte, se debe analizar si se encuentra afectado el derecho fundamental de petición por parte de la CNSC y el municipio de Duitama al no remitir los derechos de petición formulados por la accionante conforme a las disposiciones de la Ley 1755 de 2015.

Naturaleza de la acción:

34. La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1069 de 2015 (modificado por el Decreto 1983 de 2017 y 333 de 2021) como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

35. Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad¹, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados, lesionados o amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

36. De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, orientado a proteger de manera inmediata los derechos fundamentales que están siendo amenazados o conculcados, de lo que se deduce, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni tampoco para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias, por lo que, la existencia de otro medio judicial no significa que la intervención del juez de tutela sea improcedente o innecesaria, pues para tal efecto deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber: **(i)** que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso y; **(ii)** que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

37. En lo referente a los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos el máximo Tribunal Constitucional ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, pese a la existencia del medio de control público de nulidad y restablecimiento del derecho que eventualmente pueda ejercer el perjudicado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no ofrece la suficiente eficacia en el tiempo para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

38. Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-507 del 6 de julio de 2012², precisó:

***“Sin embargo, no basta con verificar que existe otro medio de defensa para declarar improcedente la acción de tutela, sino que se debe evaluar la eficacia del medio judicial de defensa en cada caso concreto. Esto por cuanto hay mecanismos de defensa que si bien son aptos para la solución de un conflicto determinado, no son adecuados ni eficaces en la protección de los derechos fundamentales de la persona que requieren de una solución inmediata a su caso.*”**

5. Al respecto, ha dicho la Corporación que “[E]n efecto, 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 méritos³. 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 vulneran⁴ o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional⁵. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las

² M.P. Dra. Adriana María Guillén Arango.

³ Cfr. SU 458/93; T-209/94; T-379/94; T-400/94 y T-533/94, T-047/95.

⁴ T-046/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁵ Ello se presenta, por ejemplo, cuando un sujeto tiene el derecho a encabezar la lista de elegibles o acceder a un cargo público, porque ha obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso de méritos. En estos eventos, si la autoridad nominadora se abstiene de nombrar y posesionar a quien tiene el correspondiente derecho, se produce una discriminación que compromete seriamente la confianza de los particulares en el Estado (art. 83 C.P.), el derecho de acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos (art. 13 y 40 CP), el debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho al trabajo (art. 25 C.P.). La cuestión a resolver, en estos casos, es puramente constitucional, pues no existe ningún asunto dudoso desde el punto de vista legal o reglamentario. De otra parte, el mecanismo ordinario que podría ser utilizado, no es plenamente idóneo para resarcir los eventuales daños. En consecuencia, siguiendo la doctrina de la sentencia T- 100/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la tutela se concede como mecanismo principal para evitar la lesión de los derechos fundamentales involucrados. En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-256/95 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-286/95 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-325/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-326/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-372/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-398/95 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-433/95 (M.P. Herrando Herrera Vergara); 475/95 (M.P.

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.”⁶

(...)

6. Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resarce por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requiere una solución inmediata, para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. Principio que, además, ha sido considerado como eje central de la Constitución Política de 1991, tanto así que la Corporación ha sostenido que “[D]entro de la estructura institucional del Estado colombiano, diseñada por el Constituyente de 1991, la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución.”⁷

(...)

7. Para llegar a la conclusión a que frente al desconocimiento de los mecanismos de provisión de cargos públicos por carrera procede la tutela, a pesar de existir la posibilidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional realizó un estudio de la eficacia del mecanismo ordinario, (...)

8. En conclusión, cuando se pretende la protección de los derechos a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos frente al desconocimiento de las reglas del concurso, especialmente dada la negativa de la administración de nombrar a quien ha ocupado el primer puesto, la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia excepciona la subsidiariedad de la tutela, dado que, al realizar un estudio del medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política”. (Resaltas y subrayas fuera de su original).

39. En sentencia T-682 de 2016 con ponencia del Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte reiteró la procedencia de la acción de tutela, al colegir:

“3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que

Fabio Morón Díaz); T-455/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-459/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-083/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU 133/98 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

⁶ T-315 de 1998 MP Eduardo Cifuentes Muñoz. En dicha oportunidad la Corte resolvió el caso de un actor que consideraba que le habían desconocido sus derechos por cuanto se le negó la inscripción en la carrera judicial pese a haber participado y superado un concurso anterior, y se realizó una convocatoria para el puesto que venía ocupando.

⁷ C-588 de 2009 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En dicha sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2008, por medio del cual se había adicionado el artículo 125 de la Constitución Política. Dicha norma no superó el juicio de sustitución, por lo que se consideró que era inexecutable.

este tipo de procesos pudiese tener.⁸

3.4. Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) “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”. (ii) **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.**⁹

3.5. La procedencia de la acción de tutela para anular los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, tiene una inescindible relación con la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y debido proceso, los cuales, en la mayoría de las ocasiones, no pueden esperar el resultado de un proceso ordinario o contencioso administrativo.” (resaltas y subrayas del Despacho).

40. Y en sentencia T-386 del 28 de julio de 2016¹⁰, la Corte señaló la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite en el desarrollo de un concurso de méritos, en dicha providencia se sostuvo:

*“Ahora bien, en el caso de la procedibilidad de la acción de tutela en concursos de méritos esta Corte ha realizado algunas precisiones adicionales. En la sentencia SU-617 de 2013¹¹, la Corte señaló que era necesario determinar si en el marco de un concurso la demanda radica sobre **actos administrativos de trámite**, pues estos simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.¹²”*

En ese mismo pronunciamiento, la Sala Plena precisó que el artículo 75 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011) determinó que por regla general los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, y que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien mediante alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. De manera que, la acción de tutela solo procedería de manera excepcional, cuando el citado acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y cuando además se demuestre que resulta en una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

3.5 Recientemente, en la sentencia SU-553 de 2015¹³, la Sala Plena de la Corte se refirió de manera especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos relacionados con la provisión de

⁸ Ver entre otras sentencias T-509 de 2011, T-748 de 2013 y T-748 de 2015.

⁹ T-315 de 1998.

¹⁰ M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

¹¹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹² Cfr. SU-617 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

¹³ M.P. Mauricio González Cuervo.

cargos en la rama judicial. Al respecto, se explicó que por ejemplo **la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia, pues como consecuencia de ello, no se le podría garantizar la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.**

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se reiteró que la Corte ha fijado (Sentencia T-090 de 2013¹⁴) dos subreglas para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos: “(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.”

3.6 En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.” (Aparte en negrilla fuera del original).

41. Ahora bien, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, la Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”

42. En ese sentido se tiene que, las acciones de tutela que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, “en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la

¹⁴ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

*ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante*¹⁵.

43. De manera que si bien la acción de tutela tiene un carácter residual, debido a la existencia de otros medios que permitan resolver la respectiva controversia, como lo sería el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos expedidos por las autoridades en el marco de un concurso donde incluso conforme a las previsiones de la Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A., se podrían solicitar medidas cautelares, resulta necesario verificar que el mismo sea idóneo y eficaz. De igual manera, se hace necesario diferenciar entre los actos de mero trámite de los definitivos, por cuanto la acción tutelar procede de manera excepcional frente a estos últimos, cuando el acto tiene la potencialidad de definir una situación especial, resultado de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

44. En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019 citada en el numeral 35 de esta decisión.

45. Dicho lo anterior, se tiene que en el asunto *sub examine*, la señora YENNY FERNANDA DIAZ SERRANO alega que el municipio de Duitama, la CNSC y la UNAL desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, mínimo vital y el derecho al trabajo por cuanto no se exigió dentro de los requisitos para inscribirse en la Oferta Pública de Empleo OPEC No. 34374 código 314 grado 04 la presentación de la tarjeta profesional de archivista como si se efectuó en la Oferta OPEC 34314 código 314 grado 05 y en consecuencia, se vio menguada su posibilidad de obtener un puntaje adicional dado que ella cuenta con el mencionado documento y la omisión por parte de las accionadas debería conllevar a la modificación de los requisitos y por ende la lista de elegibles para el cargo que optó dentro de la Convocatoria 1170 del 2019 — Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena.

46. En efecto, y como se extrae del material probatorio obrante en el expediente (fl. 81 Archivo 1 y 207 archivo 8) y de las propias manifestaciones tanto de la actora como de las entidades accionadas, para el cargo de Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 adscrito a la Secretaría de Hacienda del municipio de Duitama, se establecieron requisitos académicos y de experiencia entre los cuales no se enlistaba la presentación de la tarjeta profesional de archivista como si se dio respecto del cargo ofertado bajo el número de OPEC 34314 código 314 grado 05 adscrito a la Secretaría General de la misma entidad territorial.

47. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el plenario se encuentra acreditado que la demandante formuló derecho de petición ante el municipio de Duitama relacionando el estudio de su condición de madre cabeza de familia y la exclusión de la lista de elegibles de los concursantes que no cumplían con el requisito de tener tarjeta profesional (fls 89-94 archivo 1), y el mismo fue contestado por la entidad territorial mediante el oficio OTH-1081-31-014-2022 del 13 de enero de 2022 (fls. 101-105 archivo 1), en donde se le indicó que la

¹⁵ Así lo reiteró la Corte Constitucional en sentencia T-059 de 2019 con ponencia del Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

estabilidad laboral relativa respecto de las personas que ocupan cargos en provisionalidad ceden a las razones objetivas de nombramiento al cargo por una persona que ocupa la lista de elegibles por concurso de méritos aun cuando el cargo a proveer se encuentre ocupado por una persona en condición de especial protección como lo son las madres cabeza de familia, sin dar aplicación a las disposiciones contenidas en el Decreto 1083 de 2015 las cuales operan cuando se realiza una reestructuración administrativa circunstancia que no se estaba aplicando en el municipio por cuanto se está realizando la provisión definitiva de cargos en carrera y, en cuanto a la exclusión de personas de la lista de elegibles que no acrediten tener la tarjeta profesional se indicó que el proceso de selección se desarrolla conforme a los requisitos establecidos en el manual de funciones, asegurando la participación de todos los interesados en igualdad de condiciones, para lo cual se solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la realización del concurso para proveer los cargos ofertados en carrera quien a su vez designó en la Universidad Nacional la labor de revisar el cumplimiento de los requisitos establecidos para cada cargo.

48. Es así que, en criterio de esta judicatura en principio la tutela no superaría el test de procedencia, toda vez que el acto que estableció requisitos para acceder al cargo de Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 de la secretaria de Hacienda del municipio de Duitama conforme a la información que reposa en el SIMO¹⁶, es de mero trámite asunto que de entrada conforme a lo explicado en párrafos anteriores hace improcedente la acción de amparo, no solo por la naturaleza de la decisión, sino a demás porque teniendo en cuenta la fecha en que fue dado a conocer a los interesados (año 2019) no se superaría tampoco el test de inmediatez, toda vez que el Acuerdo de la convocatoria que estableció los requisitos para la OPEC 34374 y frente a los cuales considera la accionante se genera la vulneración de algunos de sus derechos fundamentales, fue publicado hace más de dos (2) años, el cual sea de paso indicar fue aceptado en su momento por la hoy accionante al momento de inscribirse, momento en el cual aceptó en su totalidad las reglas establecidas en la convocatoria, tiempo más que razonable¹⁷ al que tantas veces se ha referido la jurisprudencia¹⁸, para que la accionante incoara la acción de amparo en busca de la protección de sus derechos fundamentales como consecuencia de la situación ya referida.

49. Se destaca en este punto conforme a la información allegada por la UNAL (fl. 240 archivo 10) que la accionante incluso desde el año 2020, ya le había solicitado a la CNSC la aclaración de los requisitos entre otros de la OPEC 34374, solicitud que le fue debidamente resuelta.

50. No obstante, todo lo anterior, este Despacho dando una interpretación más garantista sobre la procedencia de la tutela interpuesta, considera en todo caso que las determinaciones que sobre el tema referente a los requisitos exigidos para la oferta número OPEC 34374, han adoptado tanto la CNSC como el municipio de Duitama pueden considerarse como verdaderos actos administrativos de carácter definitivo que resolvieron de fondo la situación puesta en consideración por parte de la hoy accionante.

¹⁶ SIMO (Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad) establecido por la CNSC

¹⁷ "La razonabilidad en la interposición de la acción de tutela está determinada, tanto en su aspecto positivo, como en el negativo, por la proporcionalidad entre medios y fines. El juez debe ponderar una serie de factores con el objeto de establecer si la acción de tutela es el medio idóneo para lograr los fines que se pretenden y así determinar si es viable o no. Dentro de los aspectos que debe considerarse, está el que el ejercicio inoportuno de la acción implique una eventual violación de los derechos de terceros. Para hacerlo, el juez debe constatar: 1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados". SU-961/99.

¹⁸ En la Sentencia SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte señaló: "Dicho requisito de oportunidad ha sido denominado Principio de la Inmediatez, el cual, lejos de ser una exigencia desproporcionada que se le impone al interesado, reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad. Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad imperiosa de protección de los derechos fundamentales (...) El cumplimiento del requisito de la inmediatez le corresponde verificarlo al juez de tutela en cada caso concreto. Dicho operador jurídico debe tomar en cuenta las condiciones del accionante, así como las circunstancias que rodean los hechos para determinar lo que debería considerarse como plazo razonable. Para ello, debe valorar las pruebas aportadas de acuerdo a los principios de la sana crítica, con el fin de determinar si hay una causal que justifique la inactividad del accionante".

51. Así las cosas, a primera vista, el medio que debiera utilizarse para cuestionar la decisión de los actos administrativos antes mencionados, sería el medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde conforme a las previsiones del CPACA podía incluso solicitarse medidas cautelares.

52. Sin embargo, se tiene que, tal como se ha mencionado en la jurisprudencia citada, de haber otro mecanismo para proteger el derecho invocado, la acción de tutela procederá transitoriamente siempre que busque evitar un perjuicio irremediable, que para el caso en concreto se configura¹⁹ en la medida que de no enmendarse (*inminencia*), la situación que da origen a la presunta vulneración, los derechos fundamentales de la accionante se afectarían sin lugar a equívocos en virtud a que el concurso continua su trámite el cual ya incluso tiene conformada la correspondiente lista de elegibles para proveer el cargo correspondiente a la OPEC 34374, situación que pone de presente cuan avanzada va la Convocatoria y la premura que tiene la accionante para definir su situación frente a dicha convocatoria, lo cual obedece al cumplimiento de un cronograma preestablecido en la norma rectora de la convocatoria, por lo cual necesitará *medidas urgentes*, las cuales no son provistas por un medio de control como el de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto la ley procesal establece una serie de etapas que deben surtirse para llegar a una decisión judicial justa, la cual por razones más que evidentes se extendería en el tiempo, de ahí que no tendría el mecanismo ordinario la potencialidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela.

53. Ahora bien, en cuanto a la *gravedad* del perjuicio, se tiene que, en el caso concreto, involucra derechos fundamentales como al debido proceso, igualdad, mínimo vital, petición y el derecho al trabajo, lo que indica que su vulneración no es un perjuicio leve, sino que se infiere su gravedad y por tanto la medida para remediarlo es *impostergable*, en la medida en que el presente amparo constitucional evita, en criterio de esta instancia un perjuicio jurídico irreparable.

54. De esta forma, debe tenerse en cuenta que en la sentencia T-447 de 2017 al resolver un asunto de similar contexto fáctico al presente, la Corte Constitucional señaló:

“3. En el asunto bajo examen, la Convocatoria No. 335 de 2016, conforme aparece publicado en la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, actualmente se encuentra en la Fase II. Curso, específicamente en el Curso de formación teórico y práctico para varones. Lo que quiere decir que ya se agotó la fase I. Concurso y se está en la tercera etapa de la Fase II. Curso, situación que pone de presente cuan avanzada va la Convocatoria y la premura que tiene el accionante para definir su situación frente a dicha convocatoria.

Lo anterior, pone de presente que la acción de tutela es el mecanismo eficaz de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, en torno al cuestionamiento del acto administrativo general mediante el cual se regula la Convocatoria, Acuerdo No. 563 de 2016. Pues, si bien el accionante puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en acción de simple nulidad, someterlo al proceso contencioso

¹⁹ La jurisprudencia constitucional ha señalado: “Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que está por suceder; (ii) **las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes**, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser **grave**, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) **respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable**, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable[27]. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008[28], se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”¹⁹(Subraya y negrita fuera de texto). Corte Constitucional Sentencias T-225 de 1993 y Corte Constitucional, sentencia T-808 de 2010.

administrativo para definir la prosperidad de sus pretensiones, específicamente aquella en la cual cuestiona la imposibilidad de impugnar la decisión que resuelve la reclamación presentada contra la valoración médica, lo situaría en la imposibilidad de obtener un respuesta inmediata frente a la resolución de su asunto, teniendo en cuenta que la Convocatoria se encuentra en una etapa avanzada.

En relación con la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo particular, por medio del cual se declaró no apto para continuar en el concurso, la Sala estima que el señor Jhon Hamilton Tami puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto particular y concreto, **sin embargo, este mecanismo no tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela, en tanto al estar la Convocatoria en una fase avanzada (Fase II. Curso), se corre el riesgo de que al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento ya se haya conformado la lista de elegibles, consumándose la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.**

3.4. Resulta pertinente resaltar que tanto en la **acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, como se indicó en párrafos precedentes, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso. No obstante, ello no hace que en el caso bajo estudio las acciones ante el juez contencioso administrativo sean eficaces para lograr la protección integral de los derechos del accionante.**²⁰

A tal conclusión se llega, tras considerar en esta oportunidad la protección requerida por el señor John Hamilton Tami Pérez presenta cierta premura en tanto la Convocatoria No. 335 de 2016, está en la tercera etapa de la Fase II. Curso, es decir, el próximo paso es la conformación de la lista de elegibles. **Por esto, pese a la posibilidad con que cuentan los jueces contencioso administrativos de decretar, por ejemplo, la suspensión provisional del acto administrativo particular y del acto general, la acción de tutela es el mecanismo eficaz de protección de los derechos del accionante, atendiendo al estado en que se encuentra la convocatoria.**

55. Así las cosas, la acción de tutela invocada se convierte en el medio idóneo y eficaz para impedir la consumación de un daño *ius* fundamental que debe ser estudiado transitoriamente por este Despacho y; en segundo lugar, porque el mecanismo de protección ordinario, como sería, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no logra una protección adecuada de los derechos, dado el tiempo que requiere, además de tenerse en cuenta que la citada Convocatoria 1170 del 2019 — Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena aún sigue en trámite surtiendo cada una de sus etapas estando pendiente únicamente el nombramiento de las personas en el orden arrojado en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 2900 del 1° de marzo de 2022 (fl. 197 archivo 8). Siendo así, la tutela es el medio más eficaz para proteger sus derechos, concordando con el segundo supuesto, en el cual se excepciona la subsidiariedad de la acción de tutela frente a los actos administrativos relativos a los concursos de méritos, resaltándose que más allá de la causal de perjuicio irremediable es la protección del mérito la que viabiliza en todo caso el amparo solicitado.

56. Así las cosas, establecida la procedencia de la presente acción de tutela, desciende el Despacho a examinar si a la demandante se le vulneraron los derechos fundamentales alegados.

²⁰ Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Sentencia del trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)

DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

57. El derecho al debido proceso es una de las garantías constitucionales esenciales del Estado Social de Derecho, toda vez que canaliza el ejercicio de las potestades del Estado frente a los ciudadanos en pro del derecho de defensa de los mismos, imponiéndole a los distintos servidores públicos encauzar sus actuaciones de acuerdo con los parámetros establecidos en las normas jurídicas, de manera que limita cualquier actuar arbitrario de las autoridades.

58. Es así, como el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata de conformidad con el artículo 85 de la Constitución Política y se halla consagrado en el artículo 29 de la Carta como un derecho que debe estar presente en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, que asegura a toda persona ser juzgada de acuerdo a las formas propias de cada juicio, por el juez natural designado para tal fin y conforme a las normas que componen el ordenamiento jurídico.

59. La Corte Constitucional, definió el alcance del derecho al debido proceso en la sentencia C-083 de 2015, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en los siguientes términos:

“8.- Sobre este último punto, resulta particularmente relevante recordar que el derecho al debido proceso, en general, tiene una relación inescindible con el derecho de defensa, como ya lo ha reconocido una decantada y consistente jurisprudencia constitucional²¹. Los ciudadanos afectados con las decisiones judiciales o administrativas deben tener la oportunidad procesal de enterarse debidamente de los procesos en curso y de sus decisiones; de presentar, solicitar y controvertir pruebas; de intervenir en igualdad de condiciones de los demás actores y en general, de hacer efectivo tal derecho de defensa²².

60. Ahora bien, sobre el derecho al debido proceso administrativo la Corte²³ ha dicho:

“En materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice: (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha expresado que de la aplicación del principio del debido proceso administrativo se derivan consecuencias importantes, tanto para los asociados, como para la administración pública. Desde la perspectiva de los asociados, del derecho al debido proceso se desprenden las garantías de (i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. En lo que respecta a la administración, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como (i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa.

61. Así las cosas, se concluye que el debido proceso administrativo tiene por finalidad garantizar que las actuaciones de las autoridades públicas, entre ellas las administrativas, sean realizadas con observancia de las normas constitucionales, legales o reglamentarias,

²¹ Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle y Sentencia T-1263 de 2001 M.P., Jaime Córdoba Triviño

²² Sentencia T-061 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ Sentencia 983 de 2010

es decir, que estén conformes a Derecho. De manera que, se configura su violación, susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela, cuando aquéllas emiten decisiones que responden a un actuar arbitrario e injustificado por no tener sustento normativo o jurídico alguno, o cuando no están actuando en ejercicio de sus competencias y funciones previamente definidas por las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, conllevando a la violación de derechos particulares y concretos.

DERECHO A LA IGUALDAD

62. El derecho fundamental a la igualdad está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, fundamento con el cual, se predica la igualdad de todas las personas, sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, postulado que igualmente consagra como obligación del Estado promover *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.”*

63. Según la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional pues ha sido considerada un valor, un principio y un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva por una parte de su consagración en el preámbulo de la Carta que lo menciona como un valor y de otro lado, del artículo 13 de la Constitución que lo consagra como derecho fundamental y como principio. **A su vez, otras disposiciones constitucionales concretan la igualdad en diferentes ámbitos como es el caso del artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores**, el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa, entre otras disposiciones.

64. Ahora bien, el principio de igualdad en cuanto a la acepción de igualdad de trato, por una parte, obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes que justifiquen un trato diferente, así mismo, este principio comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones distintas y en consecuencia, darles un tratamiento diferenciado.

65. Esos dos contenidos pueden ser descompuestos en cuatro mandatos: *“(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”*²⁴. Lo anterior, encuentra sustento constitucional en el artículo 13 pues reconoce que todas las personas nacen y permanecen iguales para el sistema jurídico y, segundo, le impone al Estado la obligación de emprender acciones en favor de los grupos discriminados o marginados.

66. De lo anterior, se desprende que podrán invocar la protección del derecho a la igualdad a) las personas que consideren que por ser sujetos de especial protección constitucional son merecedoras de un trato diferente y que por alguna razón no se los dieron y b) aquellas a las que les dieron un trato diferente sin justificación alguna y pretenden un trato igual.

²⁴ Sentencia C-250 de 2012.

DERECHO AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

67. El numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Desde sus inicios, la Corte ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. En la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

*“Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto **únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación**, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en “fortalecer la democracia participativa”.*

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

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

68. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, igualmente ha resaltado la *singular importancia* de este derecho dentro del ordenamiento constitucional, pues constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática²⁵, indicando en todo caso que el derecho al acceso a cargos públicos advierte distintas dimensiones, así frente al nivel abstracto -propio de los juicios de control de constitucionalidad-, interesa determinar si las restricciones, limitaciones o condiciones de acceso a los cargos públicos son proporcionados. Ahora, en sede de tutela corresponde en principio, establecer si en el caso concreto, a una persona le ha sido desconocido un derecho subjetivo de acceso a un cargo público determinado. En tales juicios, *prima facie* no resulta suficiente la norma constitucional, sino que ésta ha de ser completada por disposiciones legales relativas al cumplimiento de condiciones para el acceso al cargo y su permanencia²⁶.

69. Igualmente, la Corte Constitucional ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) *la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo*²⁷, (ii) *la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos*²⁸, (iii) *la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos*²⁹, (iv) *la prohibición de remover*

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-441 de 2001.

²⁶ Corte Constitucional, SU-339 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-309 de 1993.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-313 de 2006.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-451 de 2001.

de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupe un cargo público³⁰.

DEL DERECHO DE PETICIÓN:

70. El derecho fundamental de petición, está consagrado en el artículo 23 de la Carta Política y consiste en que cualquier persona puede presentar inquietudes respetuosas de interés general o particular ante las autoridades. Lo anterior demanda por parte de la autoridad, la obligación de darle una respuesta de fondo, cierta, oportuna, clara, precisa y congruente al ciudadano, es decir, que no cualquier comunicación devuelta al peticionario satisface el derecho de petición.

71. Teniendo en cuenta que se predica la protección del derecho de petición sobre reclamaciones efectuadas en el mes de abril de 2020 ante la CNSC y el 30 de diciembre de 2021 ante el municipio de Duitama pero solo se acredita la presentación del último mencionado (fl. 89-94) conforme a las pruebas allegadas al plenario, resulta claro que la norma que sirve de fundamento legal del presente asunto, es la Ley 1755³¹ vigente a partir del 30 de junio de 2015, que sustituyó el Título II de la Ley 1437 de 2011, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación.

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-441 de 2001.

³¹ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.”

Premisas jurisprudenciales:

- Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho de petición

“Cuando se trata de proteger el derecho de petición, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no fue producida o comunicada dentro de los términos que la ley señala, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional.”³²
(Subrayado fuera de texto)_

- Radicación de peticiones

“La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.”³³ (Subrayado fuera de texto)

- Características respuesta a una petición

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: **1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.** d) **Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.** e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine (...) g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la

³² Sentencia T-149 de 2013, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, expediente T-3.671.269

³³ H. Corte Constitucional. Sentencia. T - 997 de 2005

respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta.³⁴

DERECHO AL MÍNIMO VITAL

72. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos:

“(...) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estableció en el artículo 7, así como en el 11, el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (...)”, al igual que el derecho a “(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”.

73. De esta forma uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad³⁵. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente³⁶.

74. Este derecho ha sido reconocido desde 1992 en forma reiterada por la jurisprudencia del órgano de cierre en materia Constitucional, donde ha tenido una evolución claramente identificable. Así en una primera instancia se reconoció como derecho fundamental innominado, como parte de una interpretación sistemática de la Constitución³⁷. Luego se le concibió como un elemento de los derechos sociales prestacionales³⁸. Posteriormente, se señaló que es un derecho fundamental ligado a la dignidad humana, cuando la referida Corporación indicó:

“la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (...), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas (...) para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida”³⁹.

75. De esta relación, la Corte Constitucional ha insistido que la ausencia del mínimo vital puede atentar, de manera grave y directa, en contra de la dignidad humana, destacando que este derecho “constituye una pre-condición para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona⁴⁰ y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia, puesto que sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario”⁴¹.

76. Así las cosas, para el intérprete constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, “están obligados a suministrar

³⁴ Tomado de las Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2003.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencias SU-225 de 1998; T-651 de 2008.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992: “aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social”.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 1997: “la mora en el pago del salario, (...) [significa una] abierta violación de derechos fundamentales (...), en especial cuando se trata del único ingreso del trabajador, y por tanto, medio insustituible para su propia subsistencia y la de su familia”.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-772 de 2003.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencias T-818 de 2000; T- 651 de 2008; T-738 de 2011.

a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano⁴²; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna⁴³.

77. Las subreglas sobre el mínimo vital en la jurisprudencia constitucional son:

“(i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera más cómoda; y (iii) en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional”⁴⁴

78. Así mismo, la Corte ha insistido en que si bien este es un derecho predicable de todos los ciudadanos, existen determinados sectores de la población que, en razón de su vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse con mayor facilidad en situaciones que comprometan ese derecho. Estos sectores comprenden **“a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico”⁴⁵** (Negrita y subrayado fuera de texto).

DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA

79. Teniendo en cuenta que la accionante relaciona la afectación de sus derechos por su condición de madre de cabeza de familia, derecho que en su sentir se vería amenazado cuando si se materializa el nombramiento de la persona en carrera en el cargo que ella ocupa debido a las falencias que se indican en el escrito de tutela.

80. Al respecto, debe señalarse, que la Corte Constitucional ha definido los presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como madre cabeza de familia señalando lo siguiente:

“Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.”⁴⁶

De La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

81. Frente a este tema la Corte Constitucional en Sentencia T-464 del 2019 se ha

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2003.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias C-793 de 2009. En palabras de la Corte, “el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia”

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-436 de 2017.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-458 de 1997; T-164 de 2006.

⁴⁶ Corte Constitucional Sentencia T-003/18, Magistrada Ponente Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER. Referencia: Expediente T-6.334.126.

pronunciado en los siguientes términos:

“El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido el “derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad⁴⁷.

82. Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts. 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.

83. Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones” a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.

84. En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

“(…) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política

⁴⁷ Sentencia T-014 de 2019

que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando”.

85. Ahora, respecto de los servidores públicos que se encuentran nombrados en provisionalidad, ha señalado la Corte Constitucional que gozan de una estabilidad laboral relativa, en la medida que la desvinculación de un provisional como consecuencia del nombramiento de una persona que integra la lista de elegibles de un concurso de méritos *“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”*⁴⁸.

86. Sobre este punto la máxima corporación Constitucional señaló:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”.

87. Y en pronunciamiento más reciente⁴⁹ dijo la misma autoridad judicial lo siguiente:

*“No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.
(...)*

El caso concreto:

88. La accionante, instaura acción de tutela por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales por parte del municipio de Duitama, la CNSC y la UNAL en tanto que, no se exigió dentro de los requisitos para aspirar al cargo de Técnico Administrativo Código 314 grado 04 OPEC 34374 adscrito a la Secretaría de Hacienda del municipio de Duitama la tarjeta profesional de archivista, como si sucedió con el cargo ofertado mediante el número OPEC 34314 código 314 grado 05 adscrito a la Secretaría General de la misma entidad territorial.

89. Atendiendo a lo anterior y habiendo verificado la procedencia excepcional de la acción de tutela para el caso en particular, una vez revisado el expediente se observa que mediante Acuerdo No.– 20191000004936 del 14 de mayo de 2019, la CNSC convocó y estableció las reglas del proceso de selección para proveer definitivamente los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de

⁴⁸ Sentencia SU-446 de 2011

⁴⁹ Sentencia T-373 de 2017

Duitama – Boyacá dentro de la convocatoria No. 1170 del 2019 – Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena. (fls. 349 a 358 archivo 12)

90. Igualmente, se encuentra acreditado que, dentro de la anterior convocatoria se inscribió la señora YENNY FERNANDA DIAZ SERRANO, específicamente para el cargo de Técnico Administrativo código 314 grado 04 dependencia Secretaría de Hacienda de la Alcaldía de Duitama OPEC 34374. (fl. 81 archivo 1)

91. Dentro del desarrollo de la mencionada convocatoria, se advierte según información allegada por la UNAL (FL. 240 archivo 10) que la accionante presentó derecho de petición desde el año 2020, solicitando a la CNSC la aclaración de los requisitos entre otros de la OPEC 34374, solicitud que le fue debidamente resuelta y conocida por la parte actora según se infiere de la misma documentación que ella allegó (fl. 97 archivo 1)

92. También la interesada presentó un derecho de petición ante el municipio de Duitama solicitando se tuviera en cuenta su condición de madre de familia y la exclusión de la lista de elegibles de las personas que no acreditaban el aporte de la tarjeta profesional conforme a la Ley 1409 de 2010. (fl. 89-94 archivo 1)

93. Tal petición fue contestada por medio del oficio OTH-1081-31-014-2022 del 13 de enero de 2022, señalando que su condición de madre cabeza de familia cedía a los derechos de las personas que obtienen el derecho al cargo por mérito en los resultados del concurso convocado, sin que sean aplicables las disposiciones del Decreto 1083 de 2015 por cuanto la Administración municipal no estaba realizando una reestructuración administrativa sino proveyendo las vacantes mediante concurso de méritos y que no era factible la exclusión de las personas de la lista de elegibles que no acreditaran tener la tarjeta profesional por cuanto no hacía parte de los requisitos que se habían determinado en el concurso conforme al manual de funciones y competencia adoptado por el municipio de Duitama. (fl. 101 a 105 archivo 1)

94. Al expediente, también se allegó copia del manual de funciones establecido para el cargo de Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 de la secretaria de Hacienda del municipio de Duitama en donde se describen además de las funciones del mismo, los requisitos de formación académica y experiencia relacionada. (fls. 165 a 167 archivo 1 y 366-367 archivo 12)

95. Por otra parte, se encuentra demostrado que, la tutelante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 de la secretaria de Hacienda del municipio de Duitama, mediante el Decreto 545 del 15 de septiembre de 2016 (fls. 63 y 64 archivo 1)

96. Igualmente, que es la progenitora de los menores Juan José Sánchez Díaz y David Santiago Serrano Díaz. (f. 67 y 68 archivo 1)

97. También, se demostró que fue fijada por la Comisaria Segunda de Familia de la Alcaldía de Duitama una cuota alimentaria a cargo de la accionante y a favor del menor David Santiago Serrano Díaz. (f. 72-78 archivo 1)

98. De acuerdo con el material probatorio anteriormente mencionado, procede este Despacho, a estudiar en primer lugar si la respuesta otorgada por el municipio de Duitama a través del oficio OTH-1081-31-014-2022 del 13 de enero de 2022 a la petición radicada el 30 de diciembre de 2021, cumple con los requisitos establecidos para establecer el amparo o vulneración del derecho de petición.

99. Al respecto debe indicar el Despacho en primer lugar que, aun cuando en el escrito de demanda de tutela la actora menciona la radicación de otro derecho de petición radicado en el mes de abril de 2020, que presuntamente se encuentra transgredido por parte de la CNSC, lo cierto es que ni siquiera se aportó constancia de la existencia del mencionado derecho de petición y por ende tampoco existe evidencia de su radicación, por lo que no resulta factible emitir pronunciamiento alguno respecto del mencionado derecho cuando no se acreditan las condiciones mínimas que permitan establecer su existencia.

100. Ahora, en cuanto al derecho de petición de fecha 30 de diciembre de 2021 radicado ante el municipio de Duitama, se observa que fue impartida respuesta en la cual se atendieron los dos puntos formulados por la peticionaria (i. atención de su condición de madre cabeza de familia y ii. La solicitud de exclusión de la lista de elegibles a personas que no acreditaban la tarjeta profesional), por lo tanto, se constituye como una respuesta de fondo que atiende los planteamientos esbozados en el derecho de petición.

101. De otra parte, señala la tutelante que en aplicación de las disposiciones de la Ley 1755 de 2015, la petición debió ser trasladada o remitida a la Universidad Nacional de Colombia para que la misma se pronunciara respecto del mismo derecho de petición, no obstante, considera esta judicatura que dicho planteamiento no tiene vocación de prosperidad, como quiera que en la respuesta impartida por la entidad territorial se indicó que la UNAL era la entidad encargada o designada para realizar la revisión de los requisitos establecidos en cada uno de los cargos ofertados mediante concurso, sin que por ese hecho se constituya el deber de pronunciarse respecto de las peticiones formuladas en el escrito de petición que como ya se indicó, se tiene ha recibido una respuesta de fondo.

102. Finalmente, aunque del oficio por medio del cual se otorga respuesta al derecho de petición no se observa la constancia de comunicación y/o notificación dirigida a la hoy tutelante, la actora manifiesta en el escrito de demanda de tutela tener el conocimiento de la respuesta otorgada por la entidad territorial e incluso allega copia de la misma respuesta, por lo que se infiere que conoce plenamente el contenido del oficio emitido y en ese sentido no hay lugar a predicar la vulneración del derecho de petición invocado en el libelo introductorio.

103. Ahora en cuanto a la omisión de exigir la tarjeta profesional de archivista en el curso de la convocatoria del cargo OPEC 34374 Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 de la secretaria de Hacienda del municipio de Duitama, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Acuerdo No. CNSC – 20191000004936 del 14 de mayo de 2019 dentro del mencionado proceso de selección, se establecieron los requisitos generales de participación entre las que se encuentra en el numeral 4 “*Aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la convocatoria*”⁵⁰.

104. Con respecto a dicha exigencia se tiene que con la inscripción a la convocatoria 1170 de 2019 adelantada por la CNSC, la hoy tutelante aceptó las condiciones establecidas por los organizadores del concurso de méritos.

105. Tal situación era obligatoria para la demandante, pues cabe recordar que, al haberse inscrito a la Convocatoria No. 1170 de 2019— Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena, aceptó regirse por lo establecido en la misma, tal y como lo plasma el parágrafo del art. 1º del Acuerdo N° 20191000004936 del 14 de mayo de 2019, según el cual, “*El acuerdo y su ANEXO son normas reguladoras del proceso de selección y **obligan** tanto a la entidad objeto del mismo, a la CNSC o institución de Educación Superior que los desarrolle, como a los **participantes inscritos***” (Destaca el Despacho)

⁵⁰ FI 351 archivo 12

106. Adicionalmente, se observa que los requisitos exigidos en el SIMO⁵¹ para acceder al cargo de Técnico Administrativo Código 314 Grado 04 de la secretaria de Hacienda del municipio de Duitama fueron en cuanto a formación académica, contar con el Técnico Administrativo en Archivo y Documentación con una experiencia laboral de 12 meses (fl. 1 archivo 1), mismos requisitos que se encuentran establecidos en el manual de funciones y competencias del municipio de Duitama (fl. 367 archivo 12), por lo tanto, no puede considerarse vulneración de los derechos de carrera, igualdad y trabajo por la omisión de incluir requisitos que no están contemplados en el manual de funciones de la entidad y por el contrario exigir el aporte de requisitos adicionales a los establecidos por la entidad convocante, si constituiría en sentir de este fallador una afectación al acceso a los cargos a proveer mediante concurso de méritos, aspecto este que además se ajusta a lo previsto en el Acuerdo de la Convocatoria ya referida, particularmente a lo consignado en el párrafo 1º del art. 8º.

107. Ahora, bien los artículos 4º y 5º de la Ley 1409 de 2010 señalan lo siguiente:

*“Artículo 4º. Requisitos para ejercer la profesión de **archivista**. Para ejercer legalmente la profesión de **Archivista** en el territorio nacional, se requiere acreditar su formación académica e idoneidad del correspondiente nivel de formación, mediante la presentación del título respectivo, el cumplimiento de las demás disposiciones de ley, la inscripción en el Registro Único Profesional de Archivistas y haber obtenido la Tarjeta Profesional expedida por el Colegio Colombiano de Archivistas.*

Artículo 5º. De la tarjeta profesional. Solo podrán obtener la Tarjeta Profesional de archivista, ejercer la profesión y usar el respectivo título dentro del territorio colombiano quienes:

a) Hayan obtenido el Título Profesional de Archivística en el correspondiente nivel de formación otorgado por universidades, o Instituciones de Educación Superior, legalmente reconocidas, conforme a lo establecido en el artículo 3º de la presente ley;

b) Hayan obtenido el Título Profesional de Archivística, en el correspondiente nivel de formación otorgado por universidades e Instituciones de Educación Superior que funcionen en países con los cuales Colombia haya celebrado tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos;

c) Hayan obtenido el Título Profesional de Archivística, en el correspondiente nivel de formación otorgado por universidades o Instituciones de Educación Superior que funcionen en países con los cuales Colombia no haya celebrado tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos; siempre y cuando hayan obtenido la homologación o convalidación del título académico ante las autoridades competentes, conforme con las normas vigentes sobre la materia.”

108. De lo anterior se puede establecer que, los requisitos señalados en la norma aplican para el ejercicio de la profesión de archivista, profesión que se infiere requiere un nivel de formación académica superior al de Técnico Administrativo en archivo y documentación, el cual es realmente el cargo que fuera ofertado dentro de la convocatoria 1170 de 2019 adelantada por la CNSC, por lo tanto, mal harían los organizadores del concurso de establecer requisitos de un cargo profesional para proveer un cargo en nivel técnico.

109. Por lo tanto, los únicos requisitos que podían ser exigidos por la CNSC en el desarrollo de la convocatoria 1107 de 2019 para proveer el cargo de Técnico Administrativo código 314 grado 04 de la Alcaldía de Duitama son los que se observan en el manual de funciones de la misma entidad a saber:

⁵¹ SIMO (Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad) establecido por la CNSC

VII. REQUISITOS DE FORMACION ACADEMICA Y EXPERIENCIA	
FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA
Técnico Administrativo en Archivo y Documentación	12 Meses de Experiencia Laboral
VIII. ALTERNATIVA	
FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA
N.A	N.A

I. IDENTIFICACION DEL EMPLEO	
NIVEL	TECNICO
DENOMINACION DEL EMPLEO	TECNICO ADMINISTRATIVO
CODIGO	314
GRADO	4
NUMERO DE CARGOS	1
DEPENDENCIA	SECRETARIA DE HACIENDA
CARGO DEL JEFE INMEDIATO	SECRETARIO DE HACIENDA
PERSONAL A CARGO	NO
II. ÁREA FUNCIONAL:	
Secretaria de Hacienda, Área de Impuestos	

110. De acuerdo con lo anterior, sin lugar a dudas, para esta instancia es claro que, dentro del proceso de selección referido, no es factible imponer cargas adicionales a las establecidas para el acceso de los cargos a proveer mediante concurso de méritos, ya que este actuar afectaría el derecho igualitario de las personas interesadas a acceder al cargo, más aún cuando dicho proceso de selección se encuentra en la etapa final para la designación por mérito y en estricto orden conforme a la lista de elegibles⁵² de la persona a suplir la vacancia provisional, actuar distinto vulneraría y pondría en riesgo los derechos fundamentales de las personas que ocupan los primeros lugares en la correspondiente lista.

111. Por las razones expuestas, no resulta procedente acceder a las pretensiones de tutela respecto del amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, y trabajo, por cuanto no se encuentra acreditada su afectación o puesta en peligro por parte de las accionadas y en contra de la tutelante y en esa medida se dispondrá denegar el amparo solicitado.

112. Ahora bien, contrastadas las funciones⁵³ de los cargos técnico grado 05 de la Secretaría General y técnico grado 04 de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Duitama así:

Código 314 grado 05

07_RtaMunicipioDuitam...pdf

SECRETARÍA GENERAL	
<p>II. PROPÓSITO PRINCIPAL</p> <p>Coordinar la organización y administración del Archivo General del municipio y el tránsito documental, con el propósito de tener a disposición para la consulta de la administración y la comunidad los documentos del sistema de información municipal.</p>	
<p>III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</p> <ol style="list-style-type: none"> Diseñar, coordinar y ejecutar los procesos y procedimientos requeridos para la organización y administración del archivo general de acuerdo con los métodos y sistemas de gestión documental. Coordinar la aplicación de los procedimientos para controlar la radicación y tránsito oportuno y adecuado de los documentos que se tramitan interna y externamente en la Administración Municipal. Proponer y expedir los reglamentos necesarios para la organización, transferencia y uso de la información consignada en el archivo municipal, para garantizar su conservación. Coordinar el comité de archivo y estructurar su reglamento interno para el funcionamiento normado del sistema. Dirigir la aplicación y actualización de la tabla de retención documental y velar por su aplicación. Organizar y controlar el servicio de duplicado e impresión de documentos y garantizar el mantenimiento oportuno de equipos y elementos que requieran la prestación del servicio, de acuerdo con los controles y normas expedidas por el comité de gestión documental. Ejercer las demás funciones asignadas por el superior inmediato, acordes con el propósito principal del cargo. 	
<p>IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)</p> <ol style="list-style-type: none"> Procesos y procedimientos requeridos para la organización y administración del archivo general diseñados, coordinados y ejecutados de acuerdo con los métodos y sistemas de gestión documental. Procedimientos aplicados para controlar la radicación y tránsito oportuno y adecuado de los documentos que se tramitan interna y externamente en la Administración Municipal coordinados adecuadamente. Transferencia y uso de la información consignada en el archivo municipal, de acuerdo con el reglamento expedido para garantizar su organización y conservación. Reglamento interno del comité de archivo adoptado y coordinado para garantizar el funcionamiento normado del sistema. Tabla de retención documental actualizada y aplicada. 	
<p>Centro Administrativo, Carrera 15 N° 15-15 Tel. 7026230 – Fax 7601192 alcaldia@duitama-boyaca.gov.co</p>	

Código 314 grado 04

Alcaldía Usa Oficial					
<p>IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</p> <ol style="list-style-type: none"> Coordinar el seguimiento a todas las comunicaciones enviadas por correo, a través del registro de desprendibles entregados por correo y/o bajados de la página WEB en base de datos. Apoyar a los funcionarios del grupo de Impuestos en la devolución de los respectivos soportes de envío de cada una de las comunicaciones entregadas. Radicar los documentos de la Secretaría de Hacienda a los que haya lugar dentro de las instalaciones del edificio administrativo. Realizar notificaciones y entrega de correspondencia a la que haya lugar fuera de la Secretaría de Hacienda o del Edificio Administrativo. Apoyar en el archivo las actuaciones adelantadas en debida forma. Coordinar la fijación, desfijación y seguimiento de edictos y publicaciones en la cartelera de la Secretaría de Hacienda. Prestar Apoyo en atención público. 					
<p>V. CONOCIMIENTOS BÁSICOS O ESENCIALES</p> <p>Conocimientos en Excel y Word Conocimientos Básicos en anexo de Correspondencia Manejo de Herramientas Básicas WFB</p>					
<p>VI. COMPETENCIAS COMPOTAMENTALES</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>COMUNES</th> <th>POR NIVEL JERAQUICO</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td> <ul style="list-style-type: none"> Orientación a resultados. Orientación al usuario y ciudadano. Transparencia. Compromiso con la organización </td> <td> <ul style="list-style-type: none"> Experticia Técnica Trabajo en Equipo Creatividad e Innovación </td> </tr> </tbody> </table>		COMUNES	POR NIVEL JERAQUICO	<ul style="list-style-type: none"> Orientación a resultados. Orientación al usuario y ciudadano. Transparencia. Compromiso con la organización 	<ul style="list-style-type: none"> Experticia Técnica Trabajo en Equipo Creatividad e Innovación
COMUNES	POR NIVEL JERAQUICO				
<ul style="list-style-type: none"> Orientación a resultados. Orientación al usuario y ciudadano. Transparencia. Compromiso con la organización 	<ul style="list-style-type: none"> Experticia Técnica Trabajo en Equipo Creatividad e Innovación 				
<p>VII. REQUISITOS DE FORMACION ACADEMICA Y EXPERIENCIA</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>FORMACION ACADEMICA</th> <th>EXPERIENCIA</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Técnico Administrativo en Archivo y Documentación</td> <td>12 Vista general Experiencia Laboral</td> </tr> </tbody> </table>		FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA	Técnico Administrativo en Archivo y Documentación	12 Vista general Experiencia Laboral
FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA				
Técnico Administrativo en Archivo y Documentación	12 Vista general Experiencia Laboral				
<p>VIII. ALTERNATIVA</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>FORMACION ACADEMICA</th> <th>EXPERIENCIA</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>N.A</td> <td>N.A</td> </tr> </tbody> </table>		FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA	N.A	N.A
FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA				
N.A	N.A				

⁵² La cual se encuentra en firme desde el 11 de marzo de 2022 según lo informo la CNSC (ARCHIVO 8 FL. 198)

⁵³ Imágenes extraídas del manual de funciones aportado por el municipio de Duitama fl 162 y 166 archivo 7

113. Se observa conforme a lo anterior que, las funciones asignadas para cada cargo son diferentes, pues mientras el primero (Grado 05) centra su objetivo en diseñar, coordinar, proponer y organizar la administración del archivo general conforme a los sistemas de gestión documental, el segundo (Grado 04) se enfoca en el seguimiento, apoyo a funcionarios, radicación de documentos y realización de notificaciones y entrega de correspondencia del área asignada (Secretaría de Hacienda), esto, además de la diferencia básica del grado de cargo y escala salarial que cobija a cada uno, permite suponer sin mayor reparo que, es apenas lógico que los requisitos establecidos para el uno y el otro también varíen, por lo tanto, no es posible aplicar un test de igualdad ante cargos con condiciones diferentes.

114. Por tanto, considera esta instancia que, de conformidad con el material probatorio allegado al expedite, no hubo vulneración a los derechos fundamentales de la demandante con la decisión de no incluir como requisito para acceder al cargo de Técnico Administrativo 314 grado 04 ofertado mediante la OPEC 34374 la tarjeta profesional de archivista.

115. No obstante lo anterior, en lo relacionado con la condición especial de ser madre cabeza de familia, si bien se encuentra decantado que se trata de situación de especial protección que cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso de méritos⁵⁴, también han sostenido los precedentes jurisprudenciales que se trata de una condición que merece un trato especial respecto de los demás funcionarios que ocupan cargo de forma provisional.

116. Por tal razón, se ordenará a la entidad nominadora adoptar medidas afirmativas que aseguren a la accionante en caso de existir vacantes disponibles al momento de notificarse esta decisión judicial, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad se nombre a la accionante en un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia.

117. En un caso de contornos similares al que ahora constituye objeto de estudio, se observa como la Corte Constitucional ordenó la adopción de las medidas necesarias para respetar la prevalencia del derecho de carrera sobre los derechos de un provisional, sin desconocer que este último contaba con estabilidad reforzada relativa por su condición de especial protección así:

“Sin embargo, no es menos cierto que existe una tensión entre la protección de los derechos de la accionante, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por el ICBF, de otra parte. En el presente caso, la Sala no puede acceder a la pretensión de la accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la señora Matilde Ximena Lara Campaña, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

Por este motivo, la Sala considera que únicamente en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad, el ICBF debe nombrar a la señora Nancy Fabiola Amórtegui Alférez a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.”⁵⁵ (Rayas propias)

⁵⁴ Sentencia SU 446 de 2011

⁵⁵ Sentencia T-464 de 2019

118. De conformidad con lo expuesto, deberá este Despacho denegar las pretensiones de la presente acción de tutela, toda vez que, de conformidad con el material probatorio allegado al expediente, las actuaciones de las demandadas no vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, oportunidad, mérito y al trabajo de la tutelante.

119. Por lo demás el Despacho y particularmente frente a la eventual vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, y si bien es cierto en este tipo de eventos se invierte la carga de la prueba⁵⁶ en cabeza de las accionadas, lo cierto es que por lo menos a la fecha de esta decisión no obra prueba en el expediente que acredite que la demandante se encuentra desvinculada laboralmente de su cargo de técnico administrativo código 314 grado 4 de la secretaria de Hacienda del Municipio de Duitama, motivo por el cual se considera tampoco hay lugar a declarar el amparo de ese derecho fundamental.

120. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO. DENEGAR el amparo de los derechos fundamentales al derecho de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y mínimo vital dentro de la acción de tutela promovida por la señora YENNY FERNANDA DIAZ SERRANO, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. EXHORTAR al municipio de Duitama para que proceda a adoptar medidas afirmativas que aseguren a la accionante señora YENNY FERNANDA DIAZ SERRANO, en caso que se produzca su desvinculación laboral por haber sido provisto su cargo a una persona en propiedad mediante el sistema de carrera administrativa, que en caso de existir vacantes disponibles, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, se proceda a su nombramiento en un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia.

TERCERO. Reconocer personería al abogado IVÁN ANDRÉS MEDINA MARTÍNEZ, identificado con C.C. N° 1.049.632.151, portador de la T.P. N° 288.637 del C. S. de la J., para actuar como apoderado de la parte actora en los términos y para los efectos del poder obrante a folios 119 a 121 del expediente.

CUARTO. NOTIFICAR esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente -SAMAI-)
NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ

⁵⁶ Así lo dijo la Corte Constitucional entre otras en sentencia T- 1078 de 2005, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.