



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortíz

Tunja, noviembre diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019)

Accionante: **Lelían Stael Bareño Amézquita**
Accionado: **Escuela Superior de Administración Pública - ESAP**
Radicación: **15001-3333-014-2019-00173-01**
Acción: **Tutela**

Decide la Sala la impugnación presentada por la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP (fls. 171-201) contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 (fls. 119-135) aclarada el 1 de octubre siguiente (fls. 142) por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos vulnerados por la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP.

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda (fls. 5-9).

LELIAN STAEL BAREÑO AMÉZQUITA, actuando en nombre propio solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo e igualdad transgredidos por la Escuela Superior de Administración Pública – en adelante ESAP- y, en consecuencia, se le ordenara a esta entidad anular la prohibición de inscribirse a más de una convocatoria para elección de personeros municipales y dispusiera de todas las herramientas para que pueda presentarse a todas las convocatorias a las que desea inscribirse.

Señaló como hechos relevantes sustento de sus pretensiones, los siguientes:

- *Relató que actualmente se encuentran abiertas las convocatorias del concurso de méritos a fin de proveer los cargos de personeros municipales para el periodo comprendido entre los años 2020 a 2024, las cuales son adelantadas por la ESAP en razón a los convenios suscritos con los concejos municipales de los entes territoriales respectivos.*

- Manifestó que en la página web de la ESAP se relacionaron los municipios que suscribieron el convenio, así como las instrucciones a fin de adelantar el proceso de inscripción y registro; para el efecto, esa entidad dispuso que la inscripción respectiva se hiciese a través del link <http://concurso2.esap.edu.co/personeros2019/>.
- Aseguró que **al momento de llevar a cabo el registro** en las convocatorias seleccionadas **se genera una restricción “inusual”** en el sentido que solo puede hacerlo a la convocatoria de un municipio.
- Arguyó que dicha restricción no está contemplada en ninguno de los actos administrativos expedidos por los distintos concejos municipales en aras de dar inicio a la convocatoria respectiva; tampoco facultaron a la ESAP para efectuarla, y que no puede olvidarse que dichos actos administrativos son la norma del proceso de selección que está llamada a acatarse plenamente.
- Consideró que la convocatoria para proveer los cargos de personeros municipales no se trata de “un solo concurso o una sola convocatoria con un número plural de cargos vacantes”, pues cada una es independiente.
- Sostuvo que el actor realizó su inscripción y postulación a la convocatoria del Municipio de Tibaná, sin embargo, pese a que era su deseo postularse a otros municipios que suscribieron convenios con la ESAP para la realización del concurso referido, ello no fue posible, dado que la página no se lo permitió al ya haberse inscrito a aquella convocatoria.
- Discurrió que **la prohibición establecida de facto por la ESAP**, al negar la inscripción a las diversas convocatorias a proveer el cargo de personero en los diferentes municipios, resulta contradictoria con la Constitución y la ley; resaltó que tales convocatorias son públicas y bajo esa premisa se pueden postular todos los interesados, sin otra restricción que el cumplimiento de los requisitos para el único cargo que ofertan. Adicionalmente dijo que se transgrede las previsiones de los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015, que establecen que cada convocatoria pública es única e individual.

Dentro de los fundamentos de derecho, llamó la atención en primer lugar en la procedencia de la presente acción constitucional, en tanto que no existe acto

administrativo que legitime la acción de la ESAP y que por ese hecho pueda atacarse por las vías contencioso administrativas ordinarias, luego se trata de una conducta vulneradora de sus derechos fundamentales; adicionalmente sostuvo que tampoco existe otro medio procesal que pueda resolver el fondo del asunto en garantía de sus derechos.

Luego argumentó que la ESAP desconoció lo dispuesto en los artículos 13, 29 y 86 de la Constitución Política y sus Decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992, así como el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 39 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 25 de la Convención de los DD.HH., el numeral 1 del artículo 11 del Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y el Decreto 1083 de 2015.

Y por último destacó que la jurisprudencia pacífica y reiterativa de la Corte Constitucional ha sostenido que los concursos de méritos están sometidos al acto administrativo o norma que los convoca y reglamenta; en ese entendido, la entidad que desarrolla el concurso no puede establecer reglas adicionales o prohibiciones que no se encuentren allí contempladas que, por demás, no permiten una convocatoria amplia y participativa.

II. SENTENCIA IMPUGNADA¹

El Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, profirió fallo de primera instancia el 30 de septiembre de 2019, en el cual tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos del accionante y de las personas vinculadas cuyo agente vulnerador fue la ESAP (fls. 119-135).

El juez a-quo resumió las posiciones de las partes e intervinientes; relacionó los medios de prueba que reposaban en el plenario; luego examinó como cuestiones previas las pertinentes a la necesidad de vincular a los diferentes concejos municipales que suscribieron convenio con la ESAP y la procedencia de la acción de tutela.

Frente a la primera cuestión previa, dijo que no había necesidad de vincular a la litis a dichos concejos municipales, teniendo en cuenta que desde la admisión de la tutela se ordenó la publicación de la existencia de la presente acción constitucional para que cualquier persona interesada en las resultas se

¹ Este fallo fue corregido en auto del 1 de octubre de esa misma calenda, en el sentido que el apellido del actor es Bareño no Briceño (fls. 142)

hicieran parte en el proceso; al respecto explicó que se ordenó una “triple publicación” así: i) en la página web que la ESAP dispuso para el concurso de personeros 2020-2024, ii) en la web de la Rama Judicial y iii) en la página de ese Juzgado; pese a ello no hubo pronunciamiento alguno.

Aunado a lo expuesto, destacó que la parte accionante endilgó acciones transgresoras de sus derechos fundamentales solo a la ESAP, en razón a que impuso ilegalmente una limitante para la inscripción a un solo cargo en el concurso de personeros y, en ningún momento, lo hizo respecto a los concejos municipales.

Todo lo anterior le permitió concluir que no se configuró nulidad procesal alguna como lo consideró la ESAP en su contestación al no haberse vinculado a los concejos municipales de los entes territoriales que suscribieron convenios interadministrativos con esa entidad a efectos de llevar a cabo el aludido concurso.

Respecto a la segunda cuestión previa, consideró que la tutela sí resultaba procedente en el marco de los concursos de méritos, siguiendo los criterios de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que establecían, por una parte, que los pronunciamientos emitidos dentro de estos procesos de selección son considerados como actos preparatorios o de trámite que definen la situación de los participantes en el desarrollo del concurso y, por otra, que no se haya emitido en dichos procesos, la lista de elegibles respectiva, pues en ese escenario se encuentran situaciones consolidadas que pueden ser demandadas judicialmente.

Y adujo que, si en el caso bajo juzgamiento se cuestiona la transgresión a los derechos fundamentales con ocasión a la limitante que la entidad accionada impuso a los participantes en el proceso de inscripción del pluricitado concurso de méritos consistente en permitirles inscribirse por el sistema solo a un cargo de todas las convocatorias, sería una actuación en el proceso de selección que puede ser objeto de la presente acción constitucional.

Aclarado lo anterior, delimitó el marco jurídico al contenido y alcance de los derechos fundamentales al debido proceso en la actuación administrativa, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así mismo, del carácter obligatorio y vinculante de las reglas de la convocatoria a un concurso público de méritos.

Sobre el caso, examinó la regulación implementada para el concurso de personeros municipales según lo previsto en el artículo 313 de la Carta Política, el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, la Ley 1551 de 2012, los Decretos 2485 de 2014 y 1083 de 2015, la Sentencia C-105 de 2013, el Acto Legislativo 02 de 2015; en segundo término, el contenido del convenio suscrito entre los entes territoriales y la ESAP en aras de desarrollar dicho concurso, de igual modo, del acto administrativo que reguló la convocatoria respectiva.

Y, en tercer lugar, abordó el análisis frente a la efectiva vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora. Sobre el particular, partió de un hecho que consideró probado acorde con los medios de convicción que reposan en el plenario: “las reglas que rigen la convocatoria y que se reitera cada concejo municipal las estableció, no se evidencia que se insertara alguna precisión frente a la cantidad de municipios a los cuales se podía inscribir el aspirante, es decir, no se previó ninguna limitación frente al número de municipios a los que pueden presentarse” (fl. 133).

Agregó que en el instructivo de inscripción elaborado por la ESAP tampoco se señaló a los aspirantes limitación alguna relativa al número de municipios a inscribirse, específicamente, a la convocatoria de un solo municipio; limitación que se exterioriza al momento de la inscripción como en efecto quedó probado le ocurrió al actor y a los vinculados. Resaltó que no se acreditó modificación alguna a las convocatorias en este sentido, ni que la accionada le haya informado a los concejos municipales sobre ello.

Lo anterior, dijo el a – quo, implicó que la ESAP incurriera en una extralimitación de las facultades que le asignó no solo el Decreto 1083 de 2015, sino los convenios suscritos con las corporaciones edilicias de carácter municipal, por cuanto “modificó de manera unilateral, sin autorización alguna, y sin motivación la manifestación de la voluntad de la administración para los concursos de personeros del periodo 2020-2024” (fl. 134 vto.), tal como lo concluyó también el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral de Bogotá en sentencia del 26 de septiembre de 2019, al desatar un caso similar al debatido.

Desestimó el argumento de la ESAP dirigido a predicar una indebida interpretación normativa por parte del accionante frente a las disposiciones contenidas en el artículo 2.2.27.6 del Decreto 1086 de 2015 pues ello “no puede significar que puedan simultáneamente hacer la misma prueba para diferentes

cargos” (fl.134); una exégesis contraria, afecta el derecho a la igualdad de los participantes.

Así mismo que en los términos de las convocatorias, desde un inicio se tenía conocimiento que las pruebas se realizarían un mismo día; sumado a lo anterior, consideró que la suscripción de convenios permite agrupar por departamentos y categorías.

En los términos descritos, coligió que la restricción impuesta por la ESAP envuelve una infracción al derecho fundamental al acceso a cargos públicos contenido en el numeral 7 del art 40 de la Constitución Política; sostuvo que las limitaciones a este derecho fundamental resultan constitucionalmente admisibles si son razonadas y respetan otros principios como el de igualdad, el debido proceso y transparencia; y son menos aceptables cuando, como en este caso, se trata de convocatorias independientes en cada municipio.

De igual forma indicó que se vulneró el derecho al debido proceso pues, a pesar de existir reglas que rigen el concurso de personeros, de manera sorpresiva la entidad demandada impuso una nueva exigencia sin justificación alguna.

Paso seguido aclaró que no hubo quebrantamiento al derecho a la igualdad, pues la limitación afectó a todos los concursantes y no puede hacerse un juicio frente al desarrollo del anterior concurso de personeros, pues cada proceso de selección se rige por sus propias normas.

Frente al argumento de la ESAP relacionado con que “escoger más de una convocatoria implican caos y desorden” (fl. 134 vto.), no puede prevalecer sobre la órbita de protección que se exige de los derechos fundamentales invocados; que la solicitud de la entidad para que se aplicara lo dispuesto en la sentencia del Consejo de Estado que allegó con su contestación no tenía cabida dado que “...como lo dijo el Juzgado 21 Administrativo Oral de Bogotá, la situación fáctica en uno u otro caso es diferente, las facultades que en su momento tuvo la CNSC en relación con las que hoy tiene la ESAP frente a este concurso, no habilitan la competencia de la entidad encargada de efectuar el concurso para que pueda efectuar este tipo de modificaciones, las reglas del concurso no lo prevén...” (fl. 134 vto), aclarando que, en dicho pronunciamiento judicial las reglas del concurso establecían expresamente la presentación a una sola convocatoria.

De manera que, advertida por el a quo la vulneración iusfundamental planteada, ordenó a la ESAP que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esa providencia, permita a los participantes inscritos la posibilidad de manifestar su voluntad de inscribirse a otros Municipios en el concurso de personeros 2020-2024, habilitando para el efecto la plataforma de inscripción <http://concurso2.esw.edu.co/personeros2019/>, por el término mínimo de 24 horas, garantizándoles que no se presentaran bloqueos o fallas técnicas para este proceso de inscripción, informando la fecha exacta en que será habilitada la página, si es del caso y si amerita deberá modificar el cronograma del concurso, e inscriba esa sentencia en la página web de la entidad, dispuesta para el desarrollo del aludido concurso.

IV. IMPUGNACIÓN

La ESAP presentó oportunamente impugnación contra el fallo de primera instancia a fin de que se revoque con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 171 a 201):

Manifestó que la acción constitucional no cumplía las exigencias para su procedencia. Ello pues, a su juicio “no habrá forma de concluir que la aplicación de un acto administrativo vulnera derechos fundamentales sin que se cuestione o ponga en duda la legalidad del mismo” (fl.172).

Al respecto agregó que los actos administrativos de carácter general contentivos de cada una de las convocatorias se presumen legales hasta tanto no sean anulados o suspendidos por esta jurisdicción; la competencia de la que goza o no esa entidad para establecer limitantes a los participantes del concurso de personeros a efectos de presentarse solo a una de las 488 convocatorias es un asunto que debe debatirse y definirse dentro de los medios de control ordinarios, específicamente, de nulidad, no en este escenario procesal, que conforme a la Carta Política, es excepcional.

Adicionalmente, dijo que los argumentos del fallador de primera instancia apuntan a realizar interpretaciones del bloque normativo que regula el concurso de personeros y a cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos, así como de los convenios de cooperación que suscribió con los concejos municipales, proceder que lo llevó a concluir la falta de

competencia de esa entidad al imponer tal limitante y que permite advertir a su vez que desbordó sus competencias como juez constitucional.

Aseveró que la improcedencia de la presente acción constitucional también se actualiza, en la medida que no se observa un perjuicio irremediable para el actor. Así, arguyó que la situación de este no se ajusta a los requisitos jurisprudenciales fijados para predicar su configuración, es decir, inminencia, urgencia y gravedad; los tutelantes no demostraron que estuvieran inscritos en el concurso para que de allí se pudiera establecer un perjuicio; nada se probó en el plenario en este aspecto.

Dijo además que no puede perderse de vista que los concursos de méritos para acceder a empleos públicos, generan sólo una mera expectativa frente a los aspirantes, como quiera que la inscripción para participar en aquel no origina ningún tipo de derecho específico, este solo se logra si se superan todas las fases del concurso y se obtenga el puntaje necesario para acceder a la lista de elegibles. Agregó que, en uso de los medios de control ordinarios, como es el deber ser en tratándose del cuestionamiento a actos administrativos, la existencia de perjuicios, según lo alegado por la parte actora tiene un remedio procesal específico como es la suspensión provisional.

En criterio del impugnante, el actor debió acudir al amparo como mecanismo transitorio; como no lo hizo, puede inferirse que su intención es sustituir los mecanismos procesales ordinarios para su pretensión con la presente acción constitucional; aseguró que, en casos como el presente, un acto general y abstracto no puede generar daño a derecho fundamental alguno o un perjuicio irremediable y que existen múltiples pronunciamientos judiciales a nivel nacional que respaldan la improcedencia del amparo constitucional en casos similares.

De otra parte, sostuvo que, aunque el a quo reconoce, como lo ha fijado la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, que la convocatoria es la norma reguladora del concurso, no menos cierto es que se aparta de dicha regla al obviar que corresponde también al actor someterse a las reglas del concurso que aceptó al momento de su inscripción y no puede, por esta vía, cambiarlas a su favor.

En lo tocante a que la convocatoria no aclaró si los aspirantes sólo se podían inscribir a un único cargo de los ofertados, ello no genera duda pues al no estar previsto no era viable y, por tanto, no cabía elucubración alguna al respecto y no cabe admitir que si no está prohibido está permitido.

Agregó que la sentencia es contradictoria al señalar que la ESAP no puede limitar la inscripción a una sola convocatoria, al considerarla privativa de los Concejos Municipales y, no obstante, afirmar que cualquier modificación debe ser avisada a la citada mesa.

Señaló que la ESAP como entidad encargada de adelantar el concurso, asesora la elaboración del acto de convocatoria y por ello puede disponer tal limitante, la cual fue avalada con la firma de la mesa directiva al momento de suscribir el respectivo acto.

Precisó, que, en cualquier caso, tal limitante no vulnera derecho fundamental alguno como lo señaló el Consejo de Estado², como tampoco el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 pues no se trata de una condición que no sea objetiva y tampoco trastoca la transparencia, imparcialidad y publicidad.

*Que tal restricción no guarda relación con lo previsto en la letra b) del artículo 2.2.27.2, *ibidem* - etapa de reclutamiento -, como quiera que inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso, no se logra permitiendo aplicar a varios cargos, pues seguiría siendo un (1) aspirante a distintas plazas. Que tal fin se logra cuando se establecen las condiciones del concurso con tiempo prudencial para la inscripción, facilidad para cargue de documentos, un instructivo claro y la eliminación de trámites que impidan el acceso a la convocatoria.*

Insistió que la simultaneidad de la aplicación y diseño de la prueba busca que las pruebas de conocimientos y comportamentales se hagan en condiciones de igualdad el mismo día para todos los aspirantes independientemente del empleo que elijan, ya que permitir que se apliquen en días diferentes puede afectarla; que la similitud o identidad en las preguntas de las pruebas harían imposible su aplicación en fechas diferentes.

² Refirió sentencia del 22 de marzo de 2018, de la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado dentro del proceso con radicado 11001-03-25-000-2015-00871 00 con ponencia del magistrado Cesar Palomino Cortes

Dijo que, si bien el fallo de tutela amparó el derecho fundamental a la igualdad, no indicó a quienes ni cómo se quebrantó.

Igualmente trajo a colación argumentos de impugnación frente a los efectos prácticos que implicaría mantener la orden de tutela en los términos fijados por el a – quo, así:

- *Abre la posibilidad de que cada uno de los inscritos participen en las convocatorias de los 487 Municipios restantes, lo cual incrementaría la cantidad de inscripciones a evaluar en un potencial de 7.211.983 con un aumento del 48.700% en relación con los inscritos inicialmente; modificaría la planeación inicialmente realizada, aumentaría de manera desproporcionada e irrazonable los recursos necesarios para la contratación de personal destinado a la revisión de los documentos de los aspirantes y les demandaría una infraestructura física, tecnológica y presupuestal con la que no cuentan.*
- *Si los aspirantes se inscriben en el mayor número de sedes de su preferencia obligaría a la entidad a adquirir un mayor número de cuadernillos por convocatoria escogida en desconocimiento del hecho que en realidad solo pueden presentarse físicamente a un examen lo cual representaría un gasto innecesario e inoficioso y un detrimento del erario.*
- *La elección de los personeros municipales se efectúa dentro de los primeros 10 días del mes de enero de 2020, por tanto, la orden afecta el cronograma para lograrlo y generaría una crisis institucional en los entes territoriales con graves afectaciones para la comunidad.*
- *Las extensas listas de elegibles que se consolidan producto de las masivas inscripciones, no son efectivas, han generado obstáculo para la escogencia del servidor y no contribuyen a la gestión municipal.*
- *Las pruebas están dirigidas a personeros de municipios de quinta y sexta, por tanto, son diferentes y su contenido es reservado; no pueden ser uniformes, como sugiere el fallo judicial.*
- *El despacho judicial accede a las pretensiones del actor de manera individual y no ordena su aplicación con efectos *inter comunis*, lo cual significa que la vulneración *iusfundamental* alegada por el actor no aplica para todos los aspirantes inscritos al concurso.*

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de retomar el contenido de los artículos 2.2.27.1 a 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015 y el alcance de los derechos fundamentales invocados, solicitó que se confirme el fallo impugnado (fls. 246-248). Lo anterior, pues “en el caso concreto no advierte esta agencia cómo la limitación a un solo cargo de personero municipal, puede contribuir en el desarrollo y mejoramiento de la función pública. De hecho, por el contrario, el contar con un mayor número de participantes para acceder a los cargos de personero municipal contribuye a que existan mayores posibilidades de competencia entre los distintos participantes” (fl.248)

De manera que, a juicio de ese Ministerio Público, el fallo de instancia garantiza la protección de los derechos invocados.

Agregó que “la existencia de derechos fundamentales, como el de acceso a cargos públicos no puede estar supeditada a la existencia de dificultades tecnológicas o falta de infraestructura, pues ello implicaría que los derechos fundamentales carecieran de todo efecto al no contar con los desarrollos tecnológicos para que los mismos se realicen” (fls. 248 y vto.)

Y que “si bien esta agencia no desconoce la procedencia de otros medios de control contenciosos administrativos para cuestionar la legalidad de las actuaciones de la ESAP, los términos judiciales de los mismos no permitirían tener al accionante y demás legitimados a una respuesta oportuna antes de que pueda empezar el concurso de personeros, pues su periodo empieza en menos de 3 meses” (fl.248 vto.)

VI. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la ESAP contra la sentencia de tutela de 30 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

6.1. De la naturaleza de la acción de tutela.

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 1983 de 2017) es un mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, que 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 una autoridad pública o de un particular, siempre que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Así pues, esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable³.

6.2. Delimitación del tema a resolver.

Corresponde a la Sala resolver los argumentos de impugnación planteados por la ESAP los cuales giran en torno a tres cuestiones fundamentales:

- *La improcedencia de la presente acción constitucional. Lo anterior por varias razones:*
 - *El actor cuestiona la legalidad de los actos administrativos de convocatoria en lo atinente a la competencia de esa entidad para imponer limitaciones a los participantes en el concurso de méritos, en esa medida, ello corresponde debatirlo a través de los medios procesales ordinarios para desvirtuar la presunción de legalidad que los reviste; precisamente las disquisiciones del a-quo al cuestionar la actuación de esa entidad a partir del análisis del alcance de los actos administrativos de convocatoria, desbordó sus competencias en sede de este amparo constitucional,*
 - *El actor no probó la existencia de un perjuicio irremediable en términos de inminencia, urgencia y gravedad; los concursos de méritos para acceder a cargos públicos solo generan meras expectativas para los participantes,*
 - *El actor debió invocar la presente acción como mecanismo transitorio, de lo contrario, debía entenderse que sustituía los mecanismos procesales ordinarios y,*

³ Sentencia T-012 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

- *Existen múltiples pronunciamientos judiciales a nivel nacional que respaldan la improcedencia del amparo constitucional en casos similares.*
- *No transgredió los derechos fundamentales invocados por el actor. Ello dado que:*
 - *Si las convocatorias al concurso de méritos para personeros municipales 2020-2024, no establecieron que los aspirantes sólo podían inscribirse a una de ellas, tal situación no podía dar lugar a colegir que permitía inscribirse a varias de aquellas;*
 - *El actor debe someterse a las reglas del concurso contenidas en la convocatoria y no puede, por vía judicial, cambiarlas a su favor.*
 - *La ESAP como entidad asesora en la elaboración del acto administrativo de convocatoria del concurso de méritos para personeros municipales puede disponer la limitante en la inscripción; ello contó con el aval de la Mesa Directiva del Concejo Municipal del ente territorial que suscribió la convocatoria con esa entidad.*
 - *La jurisprudencia ha señalado que la posibilidad de que los concursantes puedan inscribirse a una sola convocatoria no vulnera el derecho fundamental de acceso a cargos públicos.*
 - *La etapa de reclutamiento de que trata el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, que reguló las condiciones mínimas para desarrollar el citado concurso, impone a la ESAP brindar a los participantes las condiciones para inscribirse con facilidad.*
 - *La simultaneidad en la aplicación y diseño de la prueba busca que las pruebas de conocimientos y comportamentales se hagan en condiciones de igualdad el mismo día para todos los aspirantes independientemente del empleo que elijan; permitir que se apliquen en días diferentes puede afectar la igualdad entre los participantes.*

- *Pese a que el fallo de tutela amparó el derecho fundamental a la igualdad, no indicó respecto de quienes se vulneró o como se quebrantó.*
- *Y frente a los efectos prácticos de la orden judicial dada por el a quo, puesto que, asegura, carecen de la infraestructura física, tecnológica y presupuestal para implementarla, trastoca el cronograma ya establecido de cara a los términos legales para proveer el cargo de personero municipal; las listas de elegibles producto de las masivas inscripciones, se constituye en una talanquera para escogencia de ese servidor público; las pruebas son diversas en su contenido en la medida que están destinados a personeros de quinta y sexta categoría y, la vulneración iusfundamental alegada por el actor no es el sentir de todos los aspirantes inscritos al concurso de personeros municipales.*

6.3. - Procedencia de la acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-913 de 2009⁴, precisó que:

- (i) *Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales;*
- (ii) *A través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en tanto, debe respetarlas y su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada;*
- (iii) *Se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.*

*En todo caso, si por factores exógenos las reglas del concurso varían **levemente** en alguna de sus etapas, las modificaciones **deberán hacer parte integral de la convocatoria inicial**, y ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma: i) se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la*

⁴ MP. Juan Carlos Henao Pérez.

administración y, ii) no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros previamente fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa⁵.

Además, en sentencia posterior precisó que:

*“La convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe...”*⁶

Criterio que ha seguido el Consejo de Estado al señalar que “Conforme a la sentencia SU-913 de 2009⁷, las reglas de los concursos son invariables e inmodificables”⁸.

En este orden de ideas, la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. Se trata de reglas que, con el objeto de evitar la transgresión de los principios básicos de nuestra organización, así como de los derechos fundamentales tanto de los asociados en general, como de los participantes en particular⁹, son inmodificables.

En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes.

En este caso, encuentra la Sala que una vez suscrito por la Mesa Directiva del Concejo Municipal del ente territorial, el acto administrativo de convocatoria en el cual se establecían a cabalidad sus etapas y, particularmente, en desarrollo de la etapa de inscripción de que trata el artículo 5 de los modelos de convocatoria (Documentos 5 y 6 CD fl. 64), el actor encontró **en la plataforma**

⁵ En este mismo sentido la sentencia T-090 de 2013, rememoró la línea jurisprudencial de la Corporación

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-682 de 2016.

⁷ “...resulta imperativo recordar la intangibilidad las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a los cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de la lista de elegibles una vez estas se encuentren en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos...”

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Doctor Alfonso Vargas Rincón, Sentencia de 19 de febrero de dos mil 2014. Radicación No.: 19001-23-33-000-2013-00553-01.

⁹ Sentencia C-588 de 2009, Corte Constitucional.

tecnológica que **la ESAP** dispuso para el efecto, una limitante consistente en que podía hacer la inscripción a una sola convocatoria de su interés (Documentos denominados “inscripción” y “pantallazo” CD fl. 64), en su caso, a la convocatoria del Municipio de Tibaná (Documento denominado “inscripción” CD fl. 64). A ninguna más pese a que esa entidad organizó 487 convocatorias de más con el mismo objeto.

Entonces, antes que seguir los procedimientos previstos en la convocatoria la entidad organizadora, tomó una medida operativa, de manera que, finalizada la inscripción a una de las convocatorias, se impedía realizar igual procedimiento para otra.

Aunque la ESAP pretenda señalar que se controvierte su competencia, ello no pasa de ser un distractor argumentativo pues, en tal caso, lo primero que tendría que existir es tal facultad de limitación a la inscripción **contenida en el acto de convocatoria**, pero ello, ni por asomo, se encuentra acreditado.

A diferencia de lo que la recurrente considera disquisiciones del a-quo alrededor del acto de convocatoria y sus alcances, lo que encuentra la Sala es que se limitó a su transcripción y a señalar que “la fijación de las reglas que rigen la convocatoria en cada Municipio es exclusiva del Concejo Municipal, quienes para el efecto emitieron el Acto Administrativo Municipal respectivo.” (fl. 133) para concluir que “...al revisar las reglas que rigen la convocatoria y que se reitera cada concejo municipal las estableció, **no se evidenció que se insertara alguna precisión frente a la cantidad de municipios a los cuales se podía inscribir el accionante, es decir, no previó ninguna limitación frente al número de municipios a los que pueden presentarse...**” (fl. 133) Negrilla fuera de texto.

Luego, concluye por esta Sala, en acuerdo con el a-quo, que ello sólo se conoció al diligenciar el formato de la inscripción en donde aparece tal limitación, so pena de no poder continuar con el procedimiento, lo cual impuso el amparo constitucional en que, se reitera, **no se cuestiona la legalidad de acto de convocatoria alguno**.

En cuanto a la falta de prueba del perjuicio irremediable, a juicio de esta Sala, el mismo aparece demostrado con el sólo hecho de no poder realizar inscripción a más de una convocatoria, **dentro del plazo señalado para ello**. Recuérdese que la convocatoria tiene un cronograma, de manera que, si

dentro del mismo ello no ocurre, fenecerá definitivamente tal posibilidad. Sin duda la limitante perjudica irremediabilmente al aspirante.

Descartada la existencia de acto administrativo demandable, desaparece el argumento relacionado con el mecanismo transitorio por cuanto, no habría medio judicial ordinario para su control, pero si a ello se agrega que, como se acaba de exponer, los plazos de inscripción son mínimos y perentorios, de haberla, tampoco resultaría eficaz.

Y, si se admitiera el argumento de la recurrente, como lo indicó la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁰:“(...) ésta Sala¹¹ ha precisado que la tutela será procedente, en estos casos [concurso de méritos], solamente si no se ha configurado una lista definitiva de elegibles, dado que una vez la mencionada lista se encuentre en firme, se podría atentar contra los derechos subjetivos de sus integrantes, los cuales pueden tener situaciones jurídicas consolidadas, motivo por el cual ha considerado que no es pertinente la modificación y mucho menos la suspensión de la lista. (...)” - Destaca la Sala -. Precisión que descarta los señalados por la ESAP como múltiples pronunciamientos de improcedencia en caso de concursos.

Lo dicho es suficiente para desestimar el cargo de improcedencia.

6.4. Del principio de legalidad, el debido proceso administrativo, el derecho de acceso a cargos públicos y el derecho a la igualdad:

A juicio de la recurrente, en tanto la inscripción múltiple no fue regla del concurso, ello no puede ser introducido por vía judicial y el aspirante sólo podía inscribirse en una.

Como ya se precisó, la convocatoria es la regla del concurso, en este caso, cada municipio estableció su regla, sin impedir que quien aspirara a ser el personero de tal entidad territorial no pudiera aspirar también a otro.

Dentro del ámbito del derecho tanto público y privado rige el principio de legalidad. El derecho al debido proceso, como desarrollo del principio de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, providencia de febrero cuatro (4) de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01(AC).

¹¹ Entre otras en la sentencia de 9 de febrero de 2012, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el proceso radicado No. 15001-23-15-000-2011-00407-01(AC) siendo accionante: Edwin Ignacio Fonseca Salamanca.

legalidad y como pilar primordial del ejercicio de las funciones públicas¹², es un derecho fundamental que tiene por objeto la preservación y efectiva realización de la justicia material. Este derecho, ha sido ampliamente reconocido como un límite al ejercicio, in genere, de los poderes públicos; esto, pues tal y como lo preceptúa la Constitución Política¹³, debe ser respetado indistintamente, tanto en las actuaciones administrativas, como en las de carácter jurisdiccional.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha expuesto en forma reiterativa, que el derecho al debido proceso está conformado por un conjunto de garantías que tienden por el respeto y protección de los derechos de los individuos que se encuentran incurso en una determinada actuación de carácter judicial o administrativa; y en virtud de las cuales, las autoridades estatales cuentan con la obligación de ajustar su accionar conforme a los procedimientos contemplados para cada tipo de trámite¹⁴.

En estas condiciones, si como se ha discurrido y es aceptado por la recurrente, la ley de concurso es la convocatoria y en ella **no existe la limitación** que la ESAP impuso al diseñar el instrumento de inscripción, fuerza concluir que el aspirante tenía el derecho a inscribirse en las convocatorias que a bien tuviera pues, lo contrario, no sólo desconocería los precisos términos de la misma, sino que, además, vulneraría el debido proceso administrativo como materialización del principio de legalidad que cobija al acto que ha fijado las reglas para acceder a cualquiera de los cargos de personero en los municipios que citaron el concurso.

No se trata entonces, como se afirma en el recurso que el juez o el aspirante estén variando las reglas en su favor, sino, como ya se dijo que la ESAP mediante una limitación tecnológica, varía la regla concursal diseñada por la entidad territorial, sin que una medida como la anterior pueda admitirse como parte de la “asesoría” que le fuera encargada; ello, en caso tal, tendría que haber sido **previo** a la publicación de la convocatoria y no posterior, cuando los aspirantes, como ya se explicó, procedían a la inscripción.

Téngase en cuenta que la ESAP elaboró modelo de propuesta técnica y económica para la realización del concurso y, en materia de la asesoría sus

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Artículo 29 de la Constitución Política.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Sentencia C-641 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

alcances, fueron el desarrollo de las actividades propias del objeto convenido y el acompañamiento permanente en las etapas del mismo, brindando el apoyo técnico y especializado para la selección del personal más idóneo, capaz y con la mayor potencialidad para desempeñar los cargos a proveer. Pero no variar o adicionar las condiciones de la convocatoria que los Concejos Municipales suscribieron previo su diseño por parte de la ESAP, como ahora pretende sea reconocido. Las variaciones, sea dicho, a cargo de la ESAP, se limitan a las fechas del cronograma por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual se procedería a su comunicación y publicación en términos oportunos a los aspirantes, pero nada más.

Por ello, conforme al convenio interadministrativo de cooperación respectivo (Documento 4 CD folio 64) y al modelo allegado¹⁵ la cláusula segunda aclaró en el párrafo único que “Las condiciones establecidas por la ESAP en la propuesta, la convocatoria pública incluyendo el cronograma del concurso de méritos, solo podrá ser modificada por la ESAP de forma motivada, en todo caso estas se comunicarán al Concejo Municipal y a los aspirantes con la debida antelación”.

Y dentro de los municipios que suscribieron convenio con la ESAP a fin de buscar asesoría en la realización del pluricitado concurso de méritos se encuentra el Municipio de Tibaná (Documento denominado “BC” CD fl. 64) a cuya convocatoria se inscribió el actor (Documento denominado inscripción CD fl. 64).

Todo lo anterior descarta, a todas luces que, motu proprio, la ESAP pudiera, a título de asesoría, introducir limitaciones y/o condiciones no previstas en la convocatoria.

Y es que, no se trata en el contexto de esta acción, de definir si tal limitación vulnera per sé el derecho de acceso a los cargos públicos, campo al que pretende llevar el argumento de la recurrente cuando afirma que la jurisprudencia considera que ello no ocurre, sino de señalar que, en este caso, la convocatoria **no** previó tal limitante, como pudo haber sucedido en otros casos en los que sí, por el contrario, cabría el análisis del argumento. Lo que acá es claro es que la regla del concurso se desconoce al adicionar una circunstancia no prevista.

¹⁵ Convenio suscrito entre la ESAP y el Municipio de Labranzagrande

Sin embargo, para no dejar de lado el argumento de la impugnante, en relación con la sentencia que cita del Consejo de Estado, proferida el 22 de marzo de 2018, C.P. César Palomino Cortes, Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00871-00(3241-15), se dirá que, en ese caso de estudio, precisamente, la legalidad de la expresión “...**sólo se permitirá la inscripción de un (1) cargo...**” contenida en numeral 3.1. del artículo 3° del Acuerdo 001 del 28 de noviembre de 2013, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander¹⁶.” (resaltado fuera de texto) Es decir, que, en ese caso concreto el acto de convocatoria **previó la limitante**, pero ello es, exactamente, lo que **no se previó en la convocatoria que da lugar a esta acción**.

Ahora, aprovecha la Sala el argumento de la impugnante que, en cita extensa de la sentencia antes reseñada, señala que la limitante impuesta en la guía de inscripción, no vulnera el derecho fundamental de acceso a cargos públicos.

Sobre el alcance de este derecho precisó la Corte Constitucional:

“

(...)

32. Una de las principales expresiones de los derechos de participación en la conformación, el ejercicio y el control del poder político es la posibilidad de acceder a cargos o a funciones públicas, conforme al numeral 7° del artículo 40 de la Constitución. El derecho de acceso a cargos públicos ha sido entendido por la Corte como la protección del ciudadano contra las decisiones estatales que de **manera arbitraria: i) le impiden el ingreso a un cargo público; ii) lo desvinculan del mismo; y iii) una vez encuentra empleo, le obstaculizan injustificadamente cumplir con sus funciones**¹⁷.

(...)

34. El derecho de ingreso a la función pública no reviste naturaleza de absoluto, puesto que está condicionado al cumplimiento de los requisitos consagrados por la Constitución y a la configuración que del mismo haga el Legislador, con la finalidad de garantizar el interés general, la igualdad y los principios de la función pública.

De esta forma, el señalamiento de los **requisitos y las condiciones para el acceso, permanencia, ascenso, ejercicio y retiro de la función pública, debe ser el resultado del ejercicio razonable y proporcionado de la potestad de configuración que le reconoció el Constituyente al Legislador, en las precisas condiciones consagradas**

¹⁶ Acto nacido a la vida jurídica en ejercicio de actividad desconcentrada-

¹⁷ C-176 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

en los artículos 123 y 150, numeral 23, de la Carta, salvo aquellas establecidas directamente por el Texto Superior¹⁸.

En desarrollo de la mencionada potestad, el Legislador debe sujetarse a estrictos parámetros de **razonabilidad y proporcionalidad**, lo que implica la imposibilidad de afectar el núcleo esencial del derecho, mediante la consagración de **exigencias irrealizables** que tornen nugatoria la posibilidad de que los ciudadanos participen en el ejercicio de la función pública en igualdad de oportunidades¹⁹...²⁰ (Resaltado fuera de texto)

En estas condiciones, a juicio de esta Sala, para el caso que ahora se examina, la limitante que la ESAP introdujo al concurso aún por fuera de lo dispuesto en la convocatoria, no vulnera el derecho de constitucional de acceso a cargos públicos.

Ello por cuanto el obstáculo impuesto por la ESAP no varía requisitos al empleo, no le exige ninguno de imposible cumplimiento y lo que resulta más importante, la inscripción es apenas el inicio de un procedimiento que culminará con el elegible una vez superadas todas las etapas del concurso, lo cual, en este momento, ni por asomo, ha sucedido.

Por ello, se revocará la protección dada por el a-quo al derecho fundamental de acceso a cargos públicos, manteniendo la protección del debido proceso administrativo, que es el realmente trasgredido por el actuar de la ESAP y que, con la medida de restablecimiento que se confirmará, resulta protegido al permitir la inscripción a las convocatorias que los aspirantes consideren de su interés lo cual preserva, precisamente, lo dispuesto por la convocatoria en el artículo 2.2.27.3. “Mecanismos de publicidad”, como lo señala la impugnante, permitiendo la **libre concurrencia** que allí se previó, dicho sea en concordancia con la Sentencia C-105 de 2013²¹.

¹⁸ Sentencia C-100 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-537 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón, C-200 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-408 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, reiteradas en la sentencia C-100 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ C-101 de 2018

²¹ “...En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque **cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección**; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la **publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana**. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal...” (Resaltado fuera de texto)

Ahora, tampoco no corresponde a esta acción evaluar las bondades o no de la decisión operativa de la ESAP, sino de examinar si ella respetó o excedió los límites dados a conocer a los aspirantes a las distintas convocatorias, nada más.

Y, finalmente, carece de fundamento que la recurrente señale “...Por último, y de manera categórica, se dirá que el fallo de tutela ampara el derecho fundamental a la igualdad, pero no se indica respecto de quienes se vulneró o como (sic) se quebrantó...” (fl. 183) pues, lo cierto, es que el juez no protegió el derecho a la igualdad, sino el del debido proceso administrativo y el de acceso a cargos públicos (fl. 135).

6.5. De los efectos prácticos de la decisión tutelar:

En su recurso, la ESAP expuso diversas razones que, a su juicio, hacen inconveniente mantener la decisión impugnada.

Si bien tales razones pueden ser resultado de análisis físicos, técnicos y económicos, en la misma línea en que ha venido discutiendo esta Sala, todos ellos, son parte de procedimientos administrativos y contractuales **previos a la convocatoria**, pero no son admisibles a esta altura en la que la regla del concurso fue precisa y clara al **no establecer la limitante que la ESAP** consideró procedente al diseñar el instrumento de inscripción.

Rebasaría esta Sala su competencia si procediera a evaluarlos pues ello hacía parte del procedimiento precontractual, del convenio, e incluso del diseño acto de convocatoria, pero no corresponde al juez constitucional a quien, como lo ha recabado la jurisprudencia y reclamado, incluso la recurrente, lo único que procede es examinar es si el acto de convocatoria, ley del concurso, se cumple o no, pues ello es lo único que precave el debido proceso administrativo de los aspirantes quienes, conforme a los lineamientos obligatorios para todas las personas interesadas en participar como para la administración, determinarán si deciden inscribirse en una o varias de ellas, si tal limitación no fue prevista.

No obstante, cabe advertir que, desde la Sentencia C-105 de 2013, se puso de presente que los Concejos Municipales pueden enfrentar limitaciones de diversa índole para llevar a cabo la tarea encomendada por el legislador. En

efecto, dijo claramente ese fallo que “el concurso de méritos tiene un alto nivel de complejidad, en la medida en que supone, por un lado, la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y, por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes; que se requiere, así mismo, el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa, en un contexto conflictivo en el que, por la dinámica natural de la contienda y la competencia, las decisiones son cuestionadas y controvertidas de manera sistemática y reiterada. En otras palabras, las dificultades de los concursos hacen imperativa la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras, de las que en principio carecen los concejos municipales y distritales”.

Aclaró entonces que:

*“No obstante, debe tenerse en cuenta que la previsión legislativa en torno al concurso, y las condiciones que de la jurisprudencia constitucional se derivan para el mismo, no implican que estas corporaciones tengan que ejecutar e intervenir directa y materialmente en los concursos y en cada una de sus etapas, sino que estas entidades tienen la responsabilidad de dirigirlos y conducirlos. Es decir, deben trazar los lineamientos generales del procedimiento, pero pueden entregar su realización parcial a terceras instancias que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto. Así por ejemplo, pueden **realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP...**” (Resaltado fuera de texto)*

En tales condiciones, no le es dable a la ESAP alegar carencias de infraestructura física, tecnológica y presupuestal para implementar las órdenes judiciales emitidas tendientes a garantizar a todos los inscritos su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Contradice aquella afirmación lo expuesto por la ESAP en su propuesta, al indicar que “Tecnológicamente cuenta con una plataforma informática propia para procesos de selección que sirve como herramienta de publicidad y de soporte de información, a través de la cual se han fijado las convocatorias y cronogramas pertinentes de los diferentes procesos, así como las inscripciones de los candidatos y el registro de la información y documentación requerida durante los concursos” y que “El capital humano tiene gran experiencia en los procesos de aplicación masivos y cuentan con una capacidad de gestión y de logística para el manejo eficiente de los recursos con que cuenta la entidad” (Documento 2 CD folio 64)

Adicionalmente, tal entidad, según se lee en el plenario, está acreditada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para adelantar concursos de mérito y tiene experiencia en más de 700 procesos de selección desde el año 2003 en establecimientos públicos nacionales y territoriales, según la documental obrante en el plenario (Documento 2 CD folio 64).

El cargo no prospera.

6.6. De la fecha de presentación del examen:

Ahora bien, en lo que atañe al fundamento de impugnación en cuanto las pruebas de conocimientos y comportamentales son diversas, dado que recae en la elección de personeros de municipios de quinta y sexta categoría y se practicarán en un mismo día para garantizar condiciones de igualdad para los inscritos y en la capital del departamento respectivo y por esa razón el aspirante no puede presentarse no pueden escoger más de dos opciones, es un análisis que excede este pronunciamiento pues, aunque resulte lógico, es asunto que habrá de definirse en el momento en que se surta la etapa correspondiente. Por ahora, de lo que se trata es de la inscripción y **al no establecerse dentro de la convocatoria la tantas veces mencionada limitación**, tal decisión corresponde al criterio del aspirante conforme a sus propias condiciones.

Pero lo que no pasa inadvertido es que en la Sentencia C-105 de 2013, se puso de presente la dificultad logística que implica este tipo de concurso y que precisamente para ello las entidades contratadas para su ejecución por las corporaciones edilicias como la ESAP cuentan con lo necesario y plantea la posibilidad de “organizarse pruebas de oposición de manera simultánea para varios municipios de un mismo departamento que se encuentren dentro de la misma categoría, y unificarse los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, y centralizar su evaluación en una única instancia” lo cual denota que, a juicio de la Corte, la inscripción simultánea es una posibilidad que bien puede presentarse.

En efecto, tal sentencia declaró la constitucionalidad de los concursos de méritos previos para elegir personeros municipales y obligó a las corporaciones edilicias a agotarlos, siendo uno de sus lineamientos que los concursos fueran abiertos a cualquier persona que cumpla los requisitos para

ocupar el cargo, imperativo que se reflejaría en el hecho de que los interesados en acceder a esos mecanismos de selección pudiesen efectuarlo; la única limitante sería atender los requisitos del cargo a ocupar.

La ESAP tiene únicamente la calidad de asesora, ejecutora y coadyuvante del concurso para los Concejos Municipales o Distritales a efectos de su realización y debe adecuarse a los alcances de dichos mandatos concursales y no éstos a la logística administrativa de la ESAP.

El cargo no prospera.

6.7. Efectos inter comunis:

Ante la situación fáctica y jurídica descrita en este caso, la Sala considera necesario modificar el fallo de primera instancia a fin de otorgarle efecto “inter comunis” al amparo declarado. Al efecto es importante recordar que el Decreto 2591 de 1991, establece que los fallos de tutela tienen efectos en el caso concreto, es decir, entre las personas que intervienen en el proceso. No obstante, comoquiera que las pretensiones de la acción de tutela están dirigidas a una multiplicidad de afectados en el marco de un concurso de méritos, es dable que el juez de tutela expida órdenes que se extiendan a estos, como lo explicó la jurisprudencia constitucional en sentencia SU – 011 de 2018²².

²² “225. Como se advirtió, la Sala Plena encuentra que existe una situación excepcional que amerita en este caso hacer uso de las facultades del juez de tutela para fijar el alcance de este fallo, más allá de las partes del proceso. Como lo ha dicho ampliamente la jurisprudencia de esta Corte, por regla general, los efectos de las decisiones que profiere este Tribunal en su labor de revisión de las sentencias de tutela son inter partes, es decir, solo afectan a las partes involucradas en el proceso. Sin embargo, también se ha admitido que el juez constitucional puede determinar los efectos de sus fallos, para garantizar la mejor protección de los derechos fundamentales y su plena garantía.

226. En uso de esta facultad, esta Corte ha proferido diversas providencias de tutela, en las que ha definido un alcance mayor a los efectos inter partes en casos en que ha advertido que limitar su decisión a dichos efectos podría, por ejemplo, violar el derecho a la igualdad de quienes en circunstancias comunes no acudieron a la acción de tutela. A estos efectos se les ha denominado inter comunis (entre comunes).

Sobre el particular, la **Sentencia T-025 de 2015**[238] reiteró lo dicho en la **Sentencia SU-1023 de 2001**[239], en la que se explicó que:

“(…) hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.”

Con fundamento en lo anterior, en el presente asunto, es dable otorgar tales efectos de amplia protección al amparo declarado por el juez de primera instancia, en tanto que se trata de aspirantes a convocatorias de concurso de méritos que padecen la misma limitación que tuvo el actor al momento de la inscripción y que, como éste, se vieron afectados. No obstante, como lo señaló el a quo, la aplicación de esta orden será aplicable solo a las personas que se inscribieron al concurso **oportunamente**.

6.8. Del precedente horizontal:

En escrito presentado el 13 de noviembre de 2019, la ESAP solicitó a esta Sala, que se aplicara como “precedente horizontal” la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019 por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que, acogiendo criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado, revocó la sentencia del Juzgado Veintiuno Administrativo de Bogotá fechada el día 26 de septiembre de 2019, que accedió al amparo invocado en un asunto similar al examinado con ocasión a la ya prenombrada limitante operativa en la inscripción al cargo de Personero Municipal periodo 2020-2024, y negó la acción de tutela²³ (fls. 253 y s.s.).

Dirá esta Sala que tal sentencia **no** constituye “precedente horizontal” como lo indicó la ESAP, pues no es un pronunciamiento anterior de este Tribunal en la materia. Al respecto cabe resaltar que la jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente y

Desde esa óptica, los efectos inter comunis pueden definirse como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

227. Además, la jurisprudencia también ha señalado que la modulación de los efectos se justifica “i) para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva”[240].

228. En el mismo sentido, se ha dicho que la adopción de estos efectos es procedente cuando se constate la existencia de un grupo en el cual: (i) existan otras personas en la misma situación; (ii) exista identidad de derechos fundamentales violados; (iii) en el hecho generador; (iv) deudor o accionado; además de (v) un derecho común a reconocer; y, finalmente, (vi) identidad en la pretensión[241].”

²³ Radicación: Exp. No. 2019-371, Accionante: Jairo Giovanni Beltrán Nieto, Accionado: ESAP. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista

294

su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia²⁴.

En este sentido, es necesario señalar que mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez –individual o colegiado- no puede separarse del precedente fijado en sus **propias sentencias**, el precedente vertical implica que los jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente, por las altas cortes²⁵, a menos que presente una carga argumentativa suficiente.

Ahora, la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dijo:

*“...No obstante lo anterior, encuentra la Sala que dicha decisión debe ser revocada por cuanto el requisito que se alega como vulneratorio de los derechos no representa un impedimento para acceder a la función pública, **ello es así por cuanto el alto tribunal de lo contencioso se ha pronunciado en casos similares***²⁶, en donde se demandó, vía nulidad dicha previsión, esto es, que los aspirantes a un concurso solo pueden inscribirse a un cargo, y en esas oportunidades se concluyó:

*«Ahora bien, respecto a la restricción impuesta por el artículo 2º de la norma en comento, **en virtud de la cual los concursantes sólo pueden inscribirse para aspirar a un sólo cargo, la Sala no advierte que trasgreda las normas constitucionales** y legales invocadas en la demanda, puesto que si bien los artículos 40 Superior, 127 y 128 de la Ley 270 de 1996, consagran a favor de los ciudadanos el derecho a desempeñar cargos públicos, dichas disposiciones no tienen el alcance que le quiere dar la accionante, según el cual, el concursante puede inscribirse para aspirar a todos los cargos ofertados. **En efecto, la interpretación que de estas normas debe hacerse es que positivizan o contemplan de manera general, impersonal y abstracta el derecho de acceso a cargos públicos, pero en modo alguno pueden entenderse como una habilitación para que los concursantes o participantes en una convocatoria puedan inscribirse respecto de todos los cargos ofertados.** En respaldo de esta tesis, indica la Sala, **que dentro del núcleo esencial o ámbito de protección del derecho fundamental a ocupar cargos públicos contemplado en el artículo 40 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional nunca ha reconocido a los ciudadanos la garantía o prerrogativa de inscribirse o aspirar a todos los cargos objeto de concurso, como lo entiende la accionante.***

*(...) al no ser del núcleo esencial o del ámbito de protección del derecho a ocupar o desempeñar cargos públicos, **el límite impuesto por la norma acusada a la posibilidad de inscribirse a todos o varios de los cargos ofertados, no constituye una trasgresión de dicho***

²⁴ Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441 de 2010 y T-014 de 2009.

²⁵ T-292 de 2006

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00419-00 (1627-12), Sentencia del 26 de abril de 2018. CP César Palomino Cortés.

postulado constitucional, y en consecuencia, tampoco implica un desconocimiento a los demás principios y valores constitucionales invocados en la demanda como la igualdad, el trabajo, el debido proceso y la dignidad humana.»

De lo anterior se colige entonces que no se vulneran los derechos de igualdad y acceso a cargos públicos en la medida que dichas previsiones, en primera medida, no se encuentran prohibidos por la ley ni por la Constitución, y, además, por cuanto las entidades que adelantan los concursos, en este caso la ESAP, están facultadas para expedir los correspondientes reglamentos con las condiciones que considere pertinentes, y en este caso, nótese como, incluso en los convenios interadministrativos celebrados, se estableció que una de las obligaciones de la ESAP era diseño de la convocatoria en cuanto al contenido, publicación y la divulgación de la misma, por lo que, quien accede a un concurso acepta las condiciones estipuladas.

Por lo tanto, a juicio de esta corporación restringir la inscripción en un solo concurso no comporta vulneración alguna, y por el contrario, la razón de ser de dicha limitación tiene su fundamento en que se trata de convocatorias para diferentes municipios de distintas categorías lo que comporta pruebas de conocimientos diferentes, siendo además uno de los requisitos del concurso que el aspirante presentara la prueba en la capital del departamento del respectivo municipio, por lo que la lógica indicaría que tampoco podría acceder a más de una convocatoria...” (Destacado fuera de texto)

Como se precisa como antecedente la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00419-00 (1627-12), Sentencia del 26 de abril de 2018. CP César Palomino Cortés, se detendrá la Sala en este aspecto para señalar que tal sentencia, declaró **probada la excepción de inepta demanda** por “*indebida utilización de la acción de nulidad simple para atacar actos administrativos de trámite*”, alegada por la parte demandada y, en consecuencia, se inhibió para pronunciarse de fondo en relación a la legalidad de la resolución censurada; es decir, **no** se ocupó de examinar si limitar la inscripción a uno solo de los empleos ofertados se ajustaba o no a la Constitución y la ley. Y, si bien trasciben apartes de un pronunciamiento del Consejo de Estado en tal sentido, no hace del mismo ninguna identificación que imponga carga argumentativa adicional.

Pero, si se dirá, que la sentencia cuya aplicación como “precedente horizontal” pide la impugnante, **parte de un supuesto fáctico distinto** al que centra esta sentencia, al dar por cierto que tal limitación fue contemplada en la convocatoria, cuando, como se ha reiterado, examinada **para este caso la convocatoria que es la ley de este concurso**, y cuya aplicación estricta ha reclamado la ESAP, **no contempló la limitante introducida por la impugnante al momento de elaborar la guía de inscripción.**

Entonces, si bien puede resultar cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no resulta ajeno a la Constitución y la ley que un acto administrativo de convocatoria limite la inscripción solo a uno de los cargos ofertados, ello en nada incidiría para esta decisión pues se ha dicho hasta la saciedad que, en este caso **la limitación no fue impuesta y por consecuencia, siendo esta la ley del concurso, los aspirantes no estaban sometidos a esa regla dentro de la convocatoria destinada a proveer los cargos de personero municipal 2020-2024.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **Modificar el numeral 1º** de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, aclarada el 1 de octubre de esa misma calenda por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia el cual quedará así:

“PRIMERO: TUTELAR con efecto “inter comunis” el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante señor **LELIAN STAEL BRICEÑO AMEZQUITA**, como de los demás inscritos al concurso de méritos para personeros municipales periodo 2020-2024, vulnerado por la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA ESAP**, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia”

2. **Confirmar** en todo lo demás la sentencia impugnada.
3. **Notificar** a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaria de ésta Corporación.
4. En firme envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha. Cópiese, notifíquese y cúmplase.


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

Accionante: Lelían Stael Bareño Amézquita
Accionado: Escuela Superior de Administración Pública - ESAP
Radicación: 15001-3333-014-2019-00173-01
Acción: Tutela



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Accionante: Lelían Stael Bareño Amézquita
Accionado: Escuela Superior de Administración Pública - ESAP
Radicación: 15001-3333-014-2019-00173-01