



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., ocho (08) de mayo de mil veinte (2020).

NATURALEZA DEL PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
PROCESO No.:	11001-33-35-025-2020-00113-00
DEMANDANTE:	NANCY MILENA GARAVITO ROBLES
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PUERTO GAITÁN –META y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por el señor **NANCY MILENA GARAVITO ROBLES**, quien actúa en causa propia, en contra de la **MUNICIPIO DE PUERTO GAITÁN – META y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, por la presunta violación a los derechos fundamentales debido proceso, acceso a cargos públicos y trabajo.

I. ANTECEDENTES

1. Soporte fáctico de la solicitud de amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes **HECHOS** relevantes:

Indicó la accionante, que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, desarrolló concurso abierto de méritos para proveer 66 vacantes del sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Puerto Gaitán, Meta, mediante Acuerdo N° CNSC - 20181000004336 de 2018, proceso de selección 656 de 2018 Convocatoria Territorial Centro Oriente.

Manifestó, que se inscribió debidamente para aspirar a ocupar **OCHO (8)** vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 68657, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Puerto Gaitán (Meta), Proceso de Selección No. 656 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente. Posteriormente fue admitida en la etapa de verificación de requisitos mínimos, luego fue citada a presentar las pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales.

Indicó que la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL** el día 14 de Febrero de 2020 expidió la **RESOLUCIÓN No. CNSC – 20202020036105 DEL 14-02-2020** *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer OCHO (8) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 68657, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Puerto Gaitán (Meta), Proceso de Selección No. 656 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente.* En la mencionada Lista de Elegibles ocupó la posición No. 4 con un puntaje de 74.88.

Sostuvo, que la CNSC el día 14 de Marzo de 2020 dio firmeza a la lista de elegibles mencionada anteriormente, siendo publicada dicha firmeza en el BNLE el día 17 de Marzo de 2020.

Manifestó que el Día 21 de Abril de 2020, envió correo electrónico a la dirección talentohumano@puertogaitan-meta.gov.co, y alcaldia@puertogaitan-meta.gov.co,

solicitando el Nombramiento en Periodo de Prueba, conforme a lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, ya que los (10) días hábiles contados a partir de la publicación de la firmeza de la lista de elegibles se vencen el 06 de Mayo de 2020.

Sostuvo que el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 491 del 28 de Marzo de 2020, el cual en su artículo 14 estableció “... *En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el periodo que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el periodo de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.*”

Indicó que vencidos los términos establecidos en la normatividad vigente, la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán, Meta, el pasado 17 de Abril le notifico el Acto Administrativo de Nombramiento en Periodo de Prueba con Resolución administrativa N° DA-1000-84.01-0339, pero a la fecha no se me ha permitido posesionarme debidamente

1.2. Pretensiones.

El tutelante solicitó al Despacho acceder a la siguiente:

*“Señor juez: con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, le solicito a usted respetuosamente **TUTELAR** en mi favor los derechos constitucionales fundamentales involucrados, ordenándole a la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE PUERTO GAITAN, META**, que Expida y se me realice el respectivo Acto de Posesión haciendo uso de los medios electrónicos dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del respectivo fallo.”*

2. TRÁMITE PROCESAL Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE TUTELA

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de fecha cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020), en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, al representante legal de las Entidades accionadas, a quien se le concedió el término de dos (2) días para que rindiera informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma las entidades accionadas, y vencido el término concedido para su intervención, las entidades accionadas contestaron la presente acción de tutela de la siguiente forma.

Municipio Puerto Gaitán - Meta:

El Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta, contestó la acción de tutela deprecada y solicitó negar las pretensiones del accionante, toda vez que no existe vulneración de derecho fundamental alguno.

Indicó que a la accionante se le efectuó nombramiento a través de la Resolución DA-1000-84.01-0339 en periodo de prueba en el cargo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 03, ubicado en la Secretaría de Gobierno y Participación Comunitaria, la cual fue notificada el 17 de abril de 2020 al correo electrónico a la actora y el 21 de abril de 2020 la accionante solicitó el nombramiento en periodo de prueba.

Manifestó, que si bien es cierto el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 491 de 28 de marzo de 2020, que en el inciso tercero del artículo 14 estableció que cuando el proceso de selección cuente con listas de elegibles en firme se efectuaran los nombramientos y las posesiones en los términos establecidos en la normatividad vigente, la notificación del nombramiento y la posesión se podrán efectuar utilizando los medios electrónicos. Así mismo indicó que mientras dure la emergencia sanitaria esos servidores estarán en etapa de inducción y el periodo de prueba se iniciará una vez se supere dicha emergencia.

En el presente caso se debe realizar un test de proporcionalidad entre los derechos de la accionante y los derechos que se pudieran lesionar del funcionario que eventualmente sería reemplazado.

Considera que tomar la decisión que deprecia la actora en este momento genera la afectación a los derechos de personas que en este momento ven como su única esperanza económica y la de sus familias en estos momentos de emergencia sanitaria en los cargos que ocupan en la Alcaldía Municipal.

Consideró que si bien la actora tiene derecho a tomar posesión en periodo de prueba, lo cierto es que la concreción de las peticiones que ha presentado se dieron en vigencia de la emergencia sanitaria y tampoco ha demostrado en la solicitud de amparo que esté en una situación de vulnerabilidad de tal naturaleza que la postergación de la posesión por razones de fuerza mayor y de emergencia sanitaria nacional le generen un perjuicio irremediable, que sí se podría generar para quien en este momento tiene una situación laboral que es su única alternativa frente a la crisis que está viviendo el país por las circunstancias ampliamente conocidas.

Finalmente sostuvo, que en total, la Alcaldía de Puerto Gaitán cuenta con 82 empleados de planta, de los cuales hay dos vacantes, quedando 80. De estos 80 se descuentan 52 de planta, quedando 28, de esos 28 7 son secretarios y 2 de nivel asesor, quedando 19. Eso significa que la Administración Municipal, teniendo como precedente sentencias de tutela como la que mediante escrito se impugna, quedaría con 19 funcionarios de planta para atender todos los procesos propios de su funcionamiento, porque los funcionarios como el accionante no podrán gestionar o prestar sus servicios para la realización de los mismos pues estarán en inducción mientras termina el estado de emergencia cuya duración es a la verdad incierta. Adicional a ello, los funcionarios que

ingresan no han adquirido la experiencia en el manejo de procesos internos para realización de la gestión en el estado de emergencia. Una cosa es realizar la inducción y adquirir la respectiva experiencia de forma presencial y en un estado de normalidad de las circunstancias, pero otra muy distinta es hacerlo en la distancia y en un estado de emergencia que naturalmente demanda celeridad en los procesos de un municipio que directamente se ha visto afectado por la situación de emergencia.

La Comisión Nacional del Servicio Civil guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario, supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

1. Del Mérito, los derechos de los empleados en carrera y de los provisionales en cargos de carrera.

El artículo 125 de la Constitución Política estableció que los empleos en los órganos del Estado son de carrera con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, así:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

En desarrollo de esta disposición constitucional se expidió la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, la cual es aplicable a la Rama Ejecutiva acorde con el literal a), numeral 1 del artículo 3 de la misma, por tanto aplicable al caso bajo estudio.

La citada norma estableció las clases de nombramiento de la siguiente manera:

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

La referida ley también estableció en el artículo 28 el mérito como principio rector que orienta el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa.

“Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;”

Así mismo, el artículo 27 de la ley en comentario definió la carrera administrativa (...) *“como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante*

procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”

En cuanto al establecimiento de la carrera administrativa y su relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 2010 indicó:

“3.1. La Constitución de 1991 introdujo en el artículo 125 Superior el Régimen de Carrera Administrativa como un postulado estructural de la función pública y, más aún, como un elemento definitorio de la Constitución de 1991¹. La regla general consignada en el artículo 125 de la Carta Política prevé que *“el ingreso a todos los órganos o entidades del Estado se hace por el sistema de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”*. Así, tanto el ingreso como el ascenso a los cargos de carrera, se realizan previo el cumplimiento de unas exigencias fijadas legalmente con el objeto de *“determinar los méritos y calidades de los aspirantes”*. A su vez, el retiro de dichos cargos *“se hará ‘por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley”*.”

3.2. El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-². De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es *“precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución”*³.

(...)

3.3. La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la acción de inconstitucionalidad presentada contra el Acto legislativo 01 de 2008, artículo 1 *“por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”*. Concluye la corporación que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución.

² *“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. // El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”*. Ver entre otras, Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000; C-963 de 2000.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1119 de 2005.

ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto⁴ y recordó que *“la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”*⁵. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un *“un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública’”*⁶.

3.4. Los objetivos que se busca lograr con la implementación del Régimen de Carrera Administrativa –ha insistido la Corte Constitucional–, resultan vulnerados cuando quiera que el ordenamiento jurídico que la regula “pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere”⁷. (Énfasis en el texto original) En esa misma línea de pensamiento, ha destacado la Corte que: *“la justificación de esa regla de acceso a la administración pública, encuentra su fundamento constitucional en los objetivos que persigue la función pública, que no son otros que los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 superior, así como en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley Fundamental. (...) “La carrera administrativa es entonces un instrumento eficaz para lograr la consecución de los fines del Estado, el cual requiere de una organización adecuada que le permita alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad. Por esta razón, se erige como un sistema que armoniza los principios que rigen la función pública, consagrados principalmente en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 122 a 131 y 209 de la Carta, con la protección del derecho al trabajo” (...).*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005. Esta sentencia realiza un recuento de las sentencias que la Corte ha pronunciado en relación con los fines que orientan la carrera administrativa en Colombia. Entre muchas otras ver C- 479 de 1992; C- 195 de 1994; C- 040 de 1995; C- 041 de 1995; C- 037 de 1996; C- 030 de 1997; C- 539 de 1998; C- 110 de 1999; C- 109 de 2000; C- 371 de 2000; C- 486 de 2000; C- 292 de 2001; C- 954 de 2001; C- 1177 de 2001; C- 517 de 2002; C- 1079 de 2002; C- 969 de 2003 y C- 077 de 2004.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 1079 de 2002.

⁶ Trajo a la memoria la Corte como en la sentencia C-266 de 2002 se hizo mención a pronunciamientos de la Corte en dicho sentido, por ejemplo las sentencias *“...relativas al ascenso en la carrera diplomática y consular, a la inconstitucionalidad de la imposibilidad de participar en concursos de ascenso en la DIAN diferentes al correspondiente a la categoría inmediatamente superior, a las calidades requeridas para el cargo de notario y a los méritos para la promoción en la carrera docente. Lo anterior porque cualquier tipo de trato privilegiado o preferencial a servidores públicos, así sean de carrera, es contrario a la calidad y al mérito como criterios para el ingreso, el ascenso y la permanencia en la función pública (art. 125 C. P.)”*.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992.

3.5. A partir de lo expuesto en precedencia, queda sentada la importancia que la Carta Política le ha conferido al Régimen de Carrera Administrativa, conclusión que se ha encargado de reiterar la jurisprudencia constitucional. Con esta óptica debe entenderse el sentido y del precepto contemplado por el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y, precisamente, bajo esa misma perspectiva ha de analizarse el cargo por desconocimiento del derecho a la igualdad. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a la diferenciación de trato que se debe dar a los empleados en carrera respecto de los demás empleados públicos, la Corte Constitucional en la sentencia en comento, trajo a colación el establecimiento de un criterio o *tertium comparationis* a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales de la siguiente manera:

“4.1.3. Con todo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha acentuado que, *“el control del respeto a la igualdad de trato es una operación compleja por cuanto el análisis realizado por el juez, cuando ejerce el control, en cierta forma se superpone a unas consideraciones sobre la igualdad realizadas previamente por el Legislador o por la autoridad administrativa”*⁸. Al expedir un determinado acto las autoridades políticas o administrativas suelen establecer ciertas diferenciaciones para obtener algunos objetivos considerados válidos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tal distinción vista con los ojos de dichas autoridades no resultaría en principio discriminatoria. No obstante, en el momento de examinar si se respetó o no el mandato de igual trato, se debe analizar si la autoridad competente –en este caso el legislador–, obró dentro del margen de configuración que le reconoce la Carta Política. En otras palabras, ha de establecerse si se respetó o no el mandato de igualdad, para lo cual el juez constitucional *“evalúa la razón que tuvo en cuenta quien con cierta medida afectó dicho derecho en forma negativa o positiva”*⁹.

4.1.4. Desde luego, la Corte Constitucional ha destacado los problemas que se ligan con la aplicación del mandato de igual trato contemplado en el artículo 13 de la Carta Política. Ha enfatizado, **primero**, que en la realidad no se presentan situaciones o personas que sean por entero iguales o totalmente distintas. Así, ha subrayado: *“ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos”*¹⁰. **Es por ello, que en ocasiones el mandato encaminado a asegurar que la ley se aplique por igual a todas las personas y a todas las situaciones, no garantiza que reciban el mismo trato de la ley**¹¹. Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la **segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado también en el artículo 13 de la Constitución Política que se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente “la situación de personas que deberían ser tratadas igual”**¹² ni que regulará *“de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente”*¹³.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2001.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2009.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2001

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

4.1.5. ¿Cómo evitar que la situación de personas que han de ser tratadas diferente se regule de manera igual y que la situación de personas que deben ser tratadas de igual manera se regule de manera diferente? En otras palabras: **¿cómo garantizar igualdad de trato?** La Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias ha puntualizado que **para tales efectos resulta imprescindible “establecer un criterio o tertium comparationis a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales”**. Sobre el particular, ha insistido la Corporación que la elección de ese criterio no puede ser arbitraria sino que ha de extraerse a partir de la finalidad que persigue el trato normativo objeto de análisis y debe ajustarse a los preceptos constitucionales. **En tal sentido, deben ser tratadas de igual manera dos personas que de conformidad con el criterio de comparación se encuentren en similar situación.**

4.1.6. Desde la perspectiva antes descrita puede preguntarse si la situación de todos los empleados o servidores públicos es la misma o si con base en ciertos criterios puede diferenciarse el trato que se les da a unos y a otros. A primera vista, podría pensarse que como todos tienen el rango de empleados o de servidores públicos la igualdad de trato consiste precisamente en que todos gocen de los mismos derechos y tengan las mismas obligaciones. **Sin embargo, la misma Constitución ha introducido criterios diferenciadores. De este modo, el estar inscritos en el régimen de carrera supone un criterio o tertium comparationis que permite conferirles a los empleados o servidores públicos que se hallen bajo este supuesto, un conjunto de privilegios que no se les reconoce a los demás empleados o servidores públicos.**

4.1.7. Al realizar el examen de igualdad, ha dicho la Corte que es permitido utilizar criterios para diferenciar situaciones diversas siempre y cuando: (i) **tales situaciones sean, en efecto, distintas; y (ii) el criterio que se utiliza para destacar su diversidad se ajusta a lo establecido por la Constitución; (iii) sea factible y (iv) es, además, adecuado.** Como lo recordó la Corte recientemente, “[c]ada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos –fáctico, legal o administrativo y constitucional en la relación– que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución)”¹⁴. De otro lado, el rigor con que se ejerce el juicio de igualdad depende, por su parte, de la amplitud con que se le reconozca al legislador el margen de apreciación e que dispone para configurar las políticas. Entre mayor sea dicho margen, menos riguroso será el juicio¹⁵. Si por el contrario, la potestad configuradora es más restringida, el juicio de igualdad tendrá mayor rigor¹⁶.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 2001.

¹⁵ En la sentencia C-093 de 2001 se pronunció la Corte Constitucional sobre el margen de configuración del legislador y respecto de la forma como puede modularse el mandato de igualdad. Así dijo la Corporación “[e]n aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia libertad de apreciación y configuración, entonces el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege”.

¹⁶ La Corte Constitucional ha identificado en qué casos el escrutinio debe ser estricto: (i) cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, por cuanto al tenor de lo establecido por el artículo 13 superior “todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades”. (ii) cuando

(...)

4.2.3. Así, existe un mandato constitucional que ordena implementar el Sistema de Carrera Administrativa -artículo 125 Superior-, **por lo que el Legislador está autorizado de manera clara y expresa para establecer diferenciaciones que privilegien dicho régimen.** En esa línea, la norma prevista en el artículo acusado establece una distinción respecto del conjunto de personas que se desempeñan como empleadas o servidoras públicas, al reconocerles a quienes se encuentran inscritas en el Régimen de Carrera Administrativa un grupo de prerrogativas. **Desde luego, quienes están inscritos en ese Sistema continúan siendo servidores públicos pero no se encuentran en la misma o en similar situación que los demás servidores públicos –ni siquiera en la circunstancia en la que se hallan quienes han sido nombrados de manera provisional en un cargo de carrera–.** Tal diferenciación no sólo está justificada desde el punto de vista constitucional sino que obedece a un mandato constitucional expreso, esto es, al contemplado por el artículo 125 Superior.

En otras palabras, todos los empleados tienen la categoría de servidores públicos. No obstante, su situación no es exactamente la misma, pues al paso que los empleados inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa han sido sometidos a un estricto mecanismo de selección sustentado en el mérito y en el concurso, los demás empleados o servidores públicos no lo han hecho. Por ello, el hallarse los empleados públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa se permite tratar de manera igual a todas las personas que, además de ostentar el cargo de empleados públicos, se encuentren inscritos en dicho Sistema. Este criterio hace factible al mismo tiempo tratar de manera desigual, esto es, no hacer extensivos los privilegios que les reconoce la Constitución a los empleados de carrera, a los demás empleados públicos, por ejemplo, a los empleados públicos de libre nombramiento o remoción. (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Como se observa, desde la óptica del derecho a la igualdad, a partir de la aplicación del *tertium comparationis* es posible efectuar un trato diferenciado de aquellas personas que además de ostentar el cargo de empleados públicos se encuentran inscritos en el sistema de carrera administrativa, respecto de las demás personas que son meramente empleados públicos. Tal diferenciación encuentra justificación en el establecimiento de la carrera administrativa y del mérito como principio rector de aquella, el cual impone a quien aspira a ocupar un empleo público la superación de una serie de etapas en igualdad de condiciones con otros aspirantes a efectos de demostrar la idoneidad para el desempeño del mismo.

el Congreso se vale de un criterio prohibido o sospechoso como la raza en cuanto elemento para establecer la diferenciación “*pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías*”; (iii) cuando la Constitución prevé mandatos puntuales de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas ordenada por el artículo 19 superior, dado que “*en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada*”. (iv) cuando las normas legales afectan a poblaciones que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad; (v) cuando la Constitución misma de manera ordena incentivar una determinada política.

De otro lado, en sede de unificación mediante la sentencia SU- 556 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a la estabilidad del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, al respecto anotó:

Estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera

3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos. De acuerdo con ese mismo artículo, es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial. Igualmente, la Carta Política establece que, en los casos en que la Constitución o la ley expresamente lo determinen, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

3.5.2. Con base en lo anterior, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como “(...) *un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.*” Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado¹⁷.

3.5.3. Entre esos dos tipos de cargos se encuentran los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. **La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro sólo se podrá hacer “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”¹⁸.** Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos.

Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción implican una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones *intuito personae*, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo. El retiro de dichos cargos es igualmente discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspira en

¹⁷ Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

¹⁸ Inciso 5 del artículo 125 de la Constitución Política.

su nominador, aspecto que no es posible medir de manera objetiva, sino que depende de un aspecto subjetivo a evaluar en cada caso concreto.

3.5.4. Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia¹⁹. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

3.5.5. Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *“atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”*^{20, 21} En

¹⁹ T-1206 de 2004

²⁰ Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: “En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

3.5.7. Ahora bien, dada la anterior exigencia, se considera que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo²². El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación.

3.5.8. Es importante aclarar que dicha interpretación, respecto a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogida por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s *reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.*”

Dicha regulación ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, en los siguientes términos:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la

²¹ C-279 de 2007.

²² Dichas apreciaciones son válidas tanto para el texto del Decreto 1 de 1984, como para la Ley 1437 de 2011, dado que el sentido de las disposiciones se mantuvo, al insistir que son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.

*vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998”.*²³

3.5.9. Así las cosas, se debe entender que, con base en la Constitución Política, como manifestación de algunos de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en especial los que propugnan por la igualdad, la prosperidad y la protección al sistema de carrera como regla general para ingresar al servicio público, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Así quedó expresamente consagrado en la Ley 909 de 2004; y, por tanto, es claro que, antes y después de la existencia de normatividad expresa, el desconocimiento de dicho deber de motivar este tipo de actos administrativos constituye un vicio de nulidad.

3.5.10. **En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos,** pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.

De lo expuesto se colige que el empleado en provisionalidad en un cargo de carrera le asiste una estabilidad laboral relativa, en tanto busca suplir una necesidad temporal del servicio, estabilidad que está llamada a ceder frente al empleado que se sometió al concurso, que superó las etapas de manera satisfactoria y que se encuentra en lista de elegibles.

Finalmente, se hace imperativo recordar que es vulneratorio a los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo el hecho de impedir el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, así lo ha manifestado también la Corte Constitucional en sede de tutela²⁴.

Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

Frente al particular, esta Corporación, señaló:

²³ Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

²⁴ Sentencia 402 de 2012

“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”²⁵

La situación descrita, según la Corte, también *“equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”²⁶.*

A su vez, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que las listas de elegibles que han cobrado firmeza son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos²⁷.

De allí que la Corte haya concluido que *“(…) se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece.”²⁸ En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos. (…) Por lo anterior, el concursante que ocupe el primer puesto, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente. Por tal razón las entidades nominadoras deberán respetar el orden de la lista y dar prevalencia a quien ocupe el primer puesto. Una decisión contraria, sólo se justifica en la medida en que se fundamente en razones objetivas relacionadas con la idoneidad de quien aspira a ocupar un cargo, ya sea por sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso.”^{30,31}*

Bajo esa perspectiva, la Corte estima que los actos administrativos que determinan las listas de elegibles, una vez en firme, crean

²⁵ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁶ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁷ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁸ Sentencias C-040 de 1995, T-451 de 2002 SU-086 de 1999 y T-1701 de 2000,

³⁰ “En la sentencia SU- 086 de 1999, la Corte precisó: “También es claro que, por su misma definición, el concurso debe ser objetivo y que, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer.....”. En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia SU-613 de 2002”.

³¹ T-962 de 2004 MP Clara Inés Vargas Hernández. Se estudió el caso de un accionante que a pesar de haber ocupado el primero puesto en la lista de elegibles para el cargo de Juez Promiscuo Municipal, al presentarse las vacantes se había nombrado a quien no estaba incluido en la lista, por lo cual la Corte procedió a amparar sus derechos.

derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración. (Negrilla fuera de texto)

2. Marco normativo de la Convocatoria No. 656 de 2018 para proveer empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Puerto Gaitán –Meta

Acuerdo No. CNSC – 20181000004336 del 14 de septiembre de 2018.

Mediante el Acuerdo No. CNSC – 20181000004336 del 14 de septiembre de 2018 de la CNSC, se reglamentó la Convocatoria No. 656 de 2018, para proveer empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Puerto Gaitán –Meta; convocatoria a la cual se presentó la señora Nancy Milena Garavito Robles.

En el artículo 4º se determinó la estructura del concurso de méritos para la selección de los aspirantes al proceso de la siguiente forma:

1. *Convocatoria y divulgación*
2. *Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones*
3. *Verificación de requisitos mínimos*
4. *Aplicación de Pruebas*
 - 4.1. *Prueba de competencias básicas*
 - 4.2. *Prueba de competencias funcionales*
 - 4.3. *Prueba de competencias comportamentales*
 - 4.4. *Valoración de antecedentes*
5. *Conformación de lista de elegibles*
6. *Periodo de prueba”.*

Por su parte, el artículo 57 estableció el periodo de prueba, evaluación y efectos, así:

“ARTÍCULO 57: Una vez publicados los actos administrativos que contienen las respectivas listas de elegibles debidamente ejecutoriados y cumplidos los requisitos para la vinculación y toma de posesión en el cargo, previsto en las normas legales y reglamentarias que expidan para el efecto, el representante legal tendrá diez (10) días hábiles para proferir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba que tendrá una duración de seis (6) meses.”

(...)

De otro lado, el Gobierno Nacional 491 de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, dispuso en el artículo 14 lo siguiente:

Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o

específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia. (Negrilla fuera de texto

3. Caso en concreto.

En el presente caso se tiene que Mediante el Acuerdo No. CNSC – 20181000004336 del 14 de septiembre de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil dispuso adelantar concurso de méritos para proveer de manera definitiva 66 vacantes definitivas, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Municipio de Puerto Gaitán –Meta.

El 21 de diciembre de 2018, la accionante Nancy Milena Garavito Robles se inscribió en el cargo Auxiliar Administrativo código 407, grado 03 a la cual fue aceptada y luego del cumplimiento y superación de las etapas establecidas en el artículo 4 de la convocatoria, se conformó la lista de elegibles por medio de la Resolución No. CNSC – 20202020036105 del 14-02-2020 en la cual ocupó el cuarto lugar.

Mediante Resolución No. DA-1000-84.01 del 14 de abril de 2020, el Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta, efectuó el nombramiento de la accionante en periodo de prueba y declaró la insubsistencia de un empleado en provisionalidad, así mismo dispuso que la actora tendría 10 días para aceptar y 10 días para posesionarse, conforme los artículos 44 y 46 del Decreto 1950 de 1973, los cuales empezarían a contar a partir de la fecha de aceptación.

El 17 de abril de 2020, el Municipio de Puerto Gaitán efectuó la notificación de la Resolución No. DA-1000-84.01 del 14 de abril de 2020, al correo electrónico de la accionante.

Por medio de correo electrónico del 21 de abril de 2020, dirigido a la Alcaldía de Puerto Gaitán, la accionante manifiesta textualmente:

“De manera atenta, adjunto envío la carta de aceptación al cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 03 OPEC 68657, junto con la documentación solicitada y muy amablemente solicito el usuario y la clave para ingresar al SIGEP.”

De igual manera solicitó la aplicación del artículo 14 del Decreto 491 de 2020.

A la fecha no se ha producido la posesión de la accionante por lo cual se deprecia la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos. Frente al particular el Alcalde de Puerto Gaitán sustenta su negativa en que es necesario realizar un test de proporcionalidad entre los derechos de la accionante y los derechos que se pudieran lesionar del

funcionario que eventualmente sería reemplazado en el campo económico, junto con los de su familia, en estos momentos de emergencia sanitaria, sumado a que la Alcaldía quedaría con 19 funcionarios de planta para atender todos los procesos propios de su funcionamiento, porque los funcionarios como el accionante no podrán gestionar o prestar sus servicios para la realización de los mismos pues estarán en inducción mientras termina el estado de emergencia cuya duración es a la verdad incierta.

Expuestos como se encuentran los argumentos de las partes, la normatividad aplicables y los pronunciamientos jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional sobre la materia, para el Despacho no resultan adecuados los argumentos expuestos por el Alcalde de Puerto Gaitán para no dar posesión a la accionante al cargo al que optó mediante concurso, pues como quedó visto la estabilidad relativa del funcionario que actualmente ocupa el cargo en provisionalidad esta llamada a ceder frente al derecho de carrera que ostenta la actora.

Sumado a lo expuesto, analizando el asunto a la luz del derecho de igualdad, aplicando un *criterio o tertium comparationis* conforme lo determinó la Corte Constitucional, entre la actora y la persona que ocupa el cargo en provisionalidad, el despacho debe definir la tensión a favor de la accionante debido a que ostenta derechos de carrera, aspecto que a su vez se ajusta al artículo 125 Superior que estableció como regla general el ingreso a los cargos de carrera mediante concurso dando prevalencia al mérito como principio rector de concurso público.

Así las cosas, el test de proporcionalidad que deprecia el burgomaestre que impide efectuar la posesión de la accionante al cargo que optó mediante concurso, está claramente definido a favor de esta y en esa medida, el Despacho no encuentra ajustado al ordenamiento jurídico superior la no posesión que demanda la tutelante, de contera no se encuentran demostrada una causa justificante en favor de quien ocupa el cargo en provisionalidad que permita efectuar un juicio diferente,

Se suma a lo anterior, que al haber adquirido firmeza el acto administrativo que determinó la lista de elegibles - Resolución No. CNSC – 20202020036105 del 14-02-2020, se crearon a favor de la accionante derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración, *contrario sensu* al impedir su concreción como ocurre en el presente caso se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

De otro lado, si bien se encuentra rigiendo un estado de emergencia, también lo es que el mismo previó o dejó incólumes mediante el artículo 14 del Decreto 491 de 2020, los derechos de carrera de quienes como la accionante cuentan con listas de elegibles en firme, para ellos es claro que se les debe efectuar el nombramiento y **posesión** haciendo uso de los medios electrónicos y mantenerlos en estado de inducción hasta tanto se supere la emergencia.

Ahora, frente a la manifestación del Alcalde respecto de la ausencia de funcionarios para prestar el servicio y lo indefinido del estado de emergencia, debe indicar el despacho en relación con la primera que tal aseveración no

cuenta con el sustento probatorio como tampoco se relacionan cuantas tutelas de personas de personas que se encuentran en la misma condición de la actora se han interpuesto en procura de lo mismo que aquí se debate. En relación con el segundo aspecto se recuerda que según el artículo 215 constitucional el estado de emergencia se puede declarar por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario, por lo que contrario a lo manifestado por el Alcalde de Puerto Gaitán el estado de excepción tiene un límite temporal y en ese sentido el argumento no está llamado a prosperar.

Finalmente, al verificar el artículo 2.2.5.1.10 del Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, no se encuentran causales que justifiquen la no posesión de la accionante como se observa.

Artículo 2.2.5.1.10. *Eventos en los cuales no puede darse posesión.* No podrá darse posesión cuando:

1. El nombramiento no esté conforme con la Constitución, la ley y lo dispuesto en el presente decreto.
2. El nombramiento provenga de autoridad no competente para proferirlo o recaiga en persona que no reúna los requisitos exigidos para el desempeño del empleo.
3. La persona nombrada desempeñe otro empleo público del cual no se haya separado, salvo las excepciones contempladas en la ley.
4. En la persona nombrada haya recaído medida de aseguramiento privativa de la libertad.
5. Se hayan vencido los términos señalados en el presente decreto para la aceptación del nombramiento o para tomar posesión.

Así las cosas, acorde con lo expuesto en precedencia, el despacho considera procedente tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo de la accionante Nancy Milena Garavito Robles, en consecuencia se ordenará al Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta Jorge Edelio Plazas Hernández que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar la posesión de la accionante haciendo uso para tal fin de los medios electrónicos, así mismo a que se mantenga en inducción a la funcionaria hasta tanto se supere el estado de emergencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. Protéjanse los **Derechos Fundamentales** a la igualdad, debido proceso, trabajo de la accionante **Nancy Milena Garavito Robles**, identificada con cedula de ciudadanía No. 52.905.202 de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. Ordenar a la al Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta Jorge Edelio Plazas Hernández que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar la posesión de la accionante en el cargo al que accedió mediante concurso, haciendo uso para tal fin de los medios electrónicos, así mismo a que se mantenga en inducción a la funcionaria hasta tanto se supere el estado de emergencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. Niéguese las demás pretensiones.

CUARTO. Comunicar a las partes por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas