



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BARBOSA
BARBOSA- Antioquia, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	DIANA MARCELA GARCIA TAPIAS
Accionado :	ALCALDIA MUNICIPAL DE BARBOSA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL
Radicado:	05308-31-03-001-2023-00257-00
Sentencia:	G:125 T: 160

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, en la oportunidad legal correspondiente, procede este Despacho a proferir la sentencia que resuelva, en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por **DIANA MARCELA GARCIA TAPIAS** contra las **ALCALDIA MUNICIPAL DE BARBOSA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL** y en la que fueran vinculados todas las personas que ocupan el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 2, en provisionalidad en cargos de vacante definitiva en el Municipio de Barbosa, así como a los señores **DIEGO ALEJANDRO BEDOYA CASTAÑO**, **PAULA ANDREA PENAGOS ROMÁN** Y **HÉCTOR FABIO LAYOS DURANGO**.

2. ANTECEDENTES

2.1. De los hechos y pretensiones de la tutela

DIANA MARCELA GARCIA TAPIAS actuando a nombre propio, promovió acción de tutela en la que reclama la protección de sus derechos fundamentales, a la carrera administrativa, a la igualdad, al debido proceso y confianza legítima.

Fundamentó la acción en los siguientes hechos relevantes:

Manifiesta el accionante que se presentó a la convocatoria No 997 de 2019-Territorial 2019, al cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, oferta identificada con la OPEC 42414, por cumplir todos los requisitos.

Afirma que una vez presentadas las pruebas, obtuvo resultados satisfactorios ocupando el segundo puesto de la lista de elegibles, Resolución No 6947 del 10 de noviembre de 2021 de la CNSC, para proveer una vacante, vacante en la cual ya se posesionó el número uno de la lista.

Señala que realizó derecho de petición ante el Municipio de Barbosa, el cual el 25 de abril del 2023 informa que crearon 7 nuevos empleos, los cuales fueron reportados a la CNSC para nuevo proceso de selección.

Afirma que los empleos creados exigen como requisito Diploma de bachillerato en cualquier modalidad y experiencia laboral, disminuyendo así los requisitos, pues los anteriores empleos de Auxiliar Administrativo exigían experiencia relacionada.

Indica que en respuesta a derecho de petición la CNSC señaló que del análisis del estudio entre empleos y tomando como base la información relacionada en el empleo identificado con código número 202338, se concluye que el empleo ofertado con código OPEC número 42414, no corresponde a un mismo empleo, pues si bien cuenta con la misma denominación código grado con la misma ubicación geográfica y los mismos requisitos de estudios no poseen los mismos requisitos de experiencia por lo que no cumple con los requisitos establecidos en el criterio unificado para el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 proferido por la sana plena de comisionados el 16 de enero de 2020, lo que considera no se aviene a la realidad, pues la experiencia relacionada, requisito con el cual concursó, es igual, e incluso superior, la experiencia laboral del empleo denominado Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, desconociendo así la CNSC el Derecho fundamental al debido proceso, pues no reconoce su propia normatividad e interpreta de manera restringida de la Experiencia laboral vs experiencia relacionada.

Asegura que el Municipio de Barbosa, no demuestra en qué momento realiza la modificación del empleo en el Manual de funciones, si no, que simple y caprichosamente decide disminuir los requisitos de experiencia, con el único fin de ocultar dichos empleos y cubrirlos con provisionalidades, por lo que considera fue sorprendida con el cambio de reglas.

Finaliza señalando que más allá de la amenaza de un perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales.

Así, concreta sus pretensiones:

- ✓ Se tutelen los derechos constitucionales y fundamentales vulnerados y en consecuencia se ordene a la Alcaldía Municipal de Barbosa Antioquia que proceda de manera inmediata a realizar la solicitud de Autorización del Uso de Listas de elegibles a la CNSC, para las 7 vacantes definitivas en “empleos equivalentes”, del empleo Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2; con la lista de elegibles conformada en la Resolución de Listas de elegibles No 6947 del 10 de noviembre de 2021.
- ✓ Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) realice nuevamente el estudio técnico de la Resolución de Listas de elegibles No. CNSC- RESOLUCIÓN No 6947 del 10 de noviembre de 2021 y remita autorización, correspondan o no a “mismos empleos” con los nombres para cubrir las vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, del Municipio de Barbosa.

2.2.1. Del trámite en la primera instancia

La acción de tutela fue admitida por auto del pasado 04 de octubre de 2023, providencia en la que se dispuso vincular a todos los ciudadanos que ocupan el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 2, en provisionalidad en cargos de vacante definitiva en el Municipio de Barbosa, así como a los señores DIEGO ALEJANDRO BEDOYA CASTAÑO, PAULA ANDREA PENAGOS ROMÁN Y HÉCTOR FABIO LAYOS DURANGO, quienes hacen parte de la lista de elegibles, para el cargo denominado auxiliar administrativo código 407 grado 2 OPEC 42414, correspondiente a la convocatoria No. 997 de Territorial 2019 Alcaldía de Barbosa, por considerar que podrían resultar afectado con el fallo, ordenándose notificar a las entidades accionadas y concediéndoseles el término perentorio de 2 días para que allegaran el escrito de respuesta, so pena de que se derivara en su contra la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

2.2.2. La respuesta de la ALCALDIA DE BARBOSA:

Sandra Catalina Carvajal Castaño como alcaldesa encargada del Municipio de Barbosa y dentro del término concedido, presentó respuesta a la presente acción en la que expone que el manual de funciones como herramienta de gestión de talento humano, debe ser dinámico y se debe ajustar para cumplir con la misión y visión institucional, que los 7 nuevos empleos fueron reportados a la CNSC como resultado de la reestructuración administrativa en el 2020, donde se exige experiencia laboral y no experiencia relacionada, pero que esto no obedece a la intención de evadir la lista.

Señala que no es viable utilizar la lista de elegibles para dichas plazas ya que en el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 de junio de 2019” del 16 de enero de 2020 efectuado por la Comisión Nacional del Servicio Civil establece que solo puede hacerse uso de la lista de elegibles para proveer los cargos inicialmente ofertados.

Afirma que el 4 de agosto y el 07 de septiembre de 2023 se solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil el estudio técnico sobre mismos empleos y/o empleos equivalentes, en el empleo denominado auxiliar administrativo código 407 grado 2 OPEC 42414, frente a los empleos ofertados con código 202184 y 202338 el cual contiene 7 vacantes.

Expone que, por lo anterior, la CNSC el 04 de agosto de 2023 mediante acto número 2023RS102547 concluyó que con base en la información suministrada en el empleo identificado con código 202338 y el empleo auxiliar administrativo código 407 grado 2 OPEC 42414, **no corresponde a un mismo empleo**, pues no poseen los mismos requisitos de experiencia.

Indica que antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019, la jurisprudencia y la ley partían del criterio unificado de, en el presente caso el OPEC 42414, de esta forma una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante encargo o nombramiento en provisionalidad, mientras se adelanta un nuevo concurso.

Asevera que, en el caso en concreto, la convocatoria de selección territorial de 2019, se realizó el 04 de marzo de 2019, esto es, con anterioridad a la Ley 1960 de 2019, por lo que el registro de elegibles de dicha convocatoria solo deberá usarse durante la vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta respectiva, en tal sentido, no es viable usar la lista de elegibles para ocupar las plazas que solicita el accionante.

2.2.3. La respuesta de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia como jefe de la Oficina Asesora Jurídica, y dentro del término concedido, presentó respuesta a la presente acción en la que luego de hacer un recuento legal del uso de la lista de elegibles, así como de los conceptos de mismo empleo y empleo equivalente, concluye que para determinar si un empleo es “equivalente” a otro se analizar la similitud de funciones, de requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales así como el nivel jerárquico y grado salarial, que requiere, además, de un análisis técnico detallado para determinar el contenido temático de la similitud de funciones.

Afirma que usar una lista de elegibles sin tener en cuenta todos y cada uno de los elementos del empleo, vulnera el principio al mérito y la esencia misma de los concursos de mérito con los cuales se pretende garantizar el interés general y la prestación de un servicio, evaluando aspectos de la persona como su formación, conocimientos, aptitudes, experiencia, entre otros, de tal forma que quien provea la vacante haya demostrado cumplir a cabalidad con lo exigido.

señala que en el marco del Proceso de Selección Territorial 2019, se ofertó una (1) vacante para proveer el empleo denominado auxiliar administrativo, Código 407, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 42414, del sistema general de carrera administrativa de la Alcaldía de Barbosa. Agotadas las fases del concurso, se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada.

Afirma, que la Alcaldía de Barbosa no ha reportado movilidad de la lista, por lo tanto, la vacante ofertada se encuentra provista con el elegible que ocupó posición meritoria.

2.2.4. La respuesta de todos los ciudadanos que ocupan el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 2, en provisionalidad en cargos de vacante definitiva en el Municipio de Barbosa

A los señores Rojo Nelfi Cecilia, Valencia Cadavid Juan David, López Tobón Ivonne Maritza, Pérez Jaramillo Yolima Eliana, Cataño Castrillon Edgar Alberto, Marín Vega Ruth Blasina y Franklin Arley Marín Yepes, se les realizó notificación a los correos electrónicos reportados por la Alcaldía de Barbosa.

Vencido el término la parte vinculada prefirió guardar silencio.

2.2.5. La respuesta de señores Diego Alejandro Bedoya Castaño, Paula Andrea Penagos Román y Héctor Fabio Layos Durango.

A los señores Diego Alejandro Bedoya Castaño, Paula Andrea Penagos Román y Héctor Fabio Layos Durango, se les realizó notificación a los correos electrónicos reportados por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

El señor Héctor Fabio Layos Durango y la señora Paula Andrea Penagos Román, el 10 de octubre de 2023 allegaron escrito manifestando su interés de hacer parte de la tutela, sin hacer ningún otro pronunciamiento.

Vencido el término la parte vinculada prefirió guardar silencio.

2.2.6. intervención terceros

Los señores Juan David Zapata Londoño y Deycy Marilem Cataño Giraldo, allegan escrito donde indican ser concursantes de la Convocatoria TERRITORIAL 2019 - Alcaldía de Barbosa, para el cargo Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, identificados con la OPEC 110449 y 110450, y mediante la cual solicitan se les reconozca como Intervinientes por tener interés legítimo en las resultados de la presente acción de tutela.

2.3. Problema Jurídico

Atendiendo a las pretensiones contenidas en el escrito tutelar y a los hechos en los cuales se sustenta la protección iusfundamental que se reclama por el accionante, corresponde a este despacho determinar si las actuaciones de las accionadas en la presente acción, son violatorias de los derechos fundamentales al efecto útil de las listas de elegibles, al debido proceso administrativo, a la igualdad de acceso al desempeño de funciones públicas y cargos del Estado y al trabajo.

Para efectos de la decisión que debe emitir este Despacho, se precisan las siguientes,

3. CONSIDERACIONES

3.1. De la competencia

Sobre este particular, se destaca que, acorde con lo establecido por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, por la naturaleza del asunto objeto de la acción y el lugar de ocurrencia de los hechos fundamento de la misma, por corresponder el Municipio de Barbosa al domicilio del afectado, es competente esta agencia judicial para conocer y decidir respecto a la presente Acción de tutela; competencia que también se determina en consideración a la naturaleza jurídica de la entidad accionada, si se tiene en cuenta **que la Comisión Nacional de Servicio Civil**, son entidades del orden nacional, conforme al decreto 1983 de 2017.

3.2. Análisis jurídico y Constitucional

3.2.1 Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela constituye uno de los más importantes mecanismos de garantía de los derechos constitucionales fundamentales al alcance de toda persona para la defensa de los derechos de carácter fundamental, siempre que hayan sido violentados o amenazados por una autoridad pública y por los particulares, en los eventos expresamente autorizados en el art. 86 de la C.N., y se orienta, en esencia, a la garantía y protección de estos derechos mediante la aplicación directa de la Constitución, a través de un procedimiento expedito y sumario.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio, para evitar un “perjuicio irremediable”, que sea inminente, grave y de tal magnitud que requiera de medidas urgentes e impostergables; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

Respecto al tema de la subsidiariedad la Corte Constitucional en sentencia T-342 del 14 de mayo de 2012, Magistrado Ponente Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se indicó:

“2.1.1. Cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales cuyas características y condiciones son definidas por la misma Carta Política. Dentro de estos requisitos se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez.

De acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación¹, la tutela tiene un carácter subsidiario porque existe la necesidad de que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, “(...) dicho instrumento pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional y transitoria.”²

(...)

2.1.1.1. Del requisito de subsidiariedad

El principio de subsidiaridad está consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, que establece que *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

En este orden de ideas, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten más eficaces para la protección reclamada, se debe recurrir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela, razón por la cual esta acción no puede desplazar los mecanismos específicos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.³

Por tanto, cuando una persona acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico.⁴

¹ Ver las sentencias T-449/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-300/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

² Sentencia T-313 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Sentencia T-680 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ En Sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: *“En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones*

Lo anterior por cuanto la tutela no es un mecanismo alternativo que reemplace los procesos judiciales o adopte decisiones paralelas a la del funcionario que está conociendo de un determinado asunto radicado bajo su responsabilidad. En consecuencia, ha entendido esta Corporación que *“(…) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*⁵

3.2.2 Requisitos para que se configure un perjuicio irremediable.

Ha dicho la Corte Constitucional, en sentencia T-953 de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, que:

“el perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética (...)

Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud (...)

No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo anterior, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

3.2.3. Procedencia excepcional de la acción tutela contra actos administrativos

La regla general es que la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal y como lo sentó la Corte constitucional en sentencia T-030 de 2015, al dejar establecido:

de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

⁵ Sentencia T-406 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño

“...en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, el artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela: “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante...”. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

Así las cosas, la Corte ha expuesto que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Ahora bien, otro tanto ocurre frente a los actos administrativos de trámite, esto es, aquellos que “no expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.”. Ante este tipo de actos administrativos, la Corte ha señalado que por regla general no son susceptibles de acción de tutela ya que “se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal”. No obstante, en virtud de que pueden verse afectados derechos fundamentales, la Corte ha considerado que contra los actos de trámite es posible la procedencia excepcional de la acción de tutela “cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.”

Así, la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que, en los procedimientos administrativos, la tutela no

procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

3.3. De los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

El principio constitucional del mérito como principio rector del acceso al empleo público: la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, **el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.**

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito *“constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”*⁶.

Igualdad: El art. 13 de la Constitución Política de Colombia consagra la igualdad como un derecho fundamental susceptible de ser garantizado mediante el ejercicio de la acción de tutela. En atención a este principio, la Carta Política precisa que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Del debido proceso administrativo: Con relación a este tema, el Alto Tribunal señaló, en la misma sentencia citada –T-051 de 2016- que “desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente”.

Es así que entre las garantías inherentes al debido proceso administrativo, destaca, las siguientes:

“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar,

⁶ Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

El Debido Proceso: Se consagra internacionalmente en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, indicando, que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.”

Así mismo, la Constitución Política de Colombia preceptúa en el artículo 29, que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Agrega que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.

4. EL CASO CONCRETO

De entrada valga anotar, que para que proceda la ACCION DE TUTELA como medio privilegiado, especial y extraordinario de protección frente a actos administrativos de contenido particular, se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

Frente a ello entonces habrá de analizarse el último presupuesto de procedibilidad de la acción constitucional de tutela, el de la subsidiariedad, como mecanismo extraordinario, ágil y por ende con un alcance de la actividad probatoria muy limitada pero además respetuosa de las competencias propias de las jurisdicciones establecidas para atender, en el escenario propio, los debates que se le presenten.

Veamos:

En el presente caso, la acción de tutela incoada por Diana Marcela García Tapias se orienta a que se deje sin efectos el acto administrativo mediante el cual el Municipio de Barbosa creó 7 cargos con código No. 202338, por considerar que de manera amañada el ente municipal modificó el empleo en el Manual de funciones, disminuyendo los requisitos de experiencia, con el fin de evadir el uso de la lista de elegibles en dichos cargos, y en consecuencia de lo anterior, dejar sin efectos la respuesta con Radicado 2023RS102547 del 04 de agosto de 2023, mediante la cual la Comisión Nacional de Servicio Civil concluyó que los empleos identificados con el código 202338 no corresponde a un mismo empleo respecto de empleo identificado con código OPEC 42414.

De los elementos probatorios arribados al expediente, se tiene que la actora, no se encuentra en estado de indefensión ni de minusvalía que le impidan reclamar la protección a sus derechos mediante los mecanismos judiciales o administrativos idóneos establecidos para ello, como sería el de acudir en proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, incluso con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del mismo.

Frente lo anterior y según la jurisprudencia antes señalada, tenemos que la acción constitucional es preferente y subsidiaria, en este particular caso encuentra el despacho que la acción de tutela fue impetrada para dejar sin efecto los actos administrativos que gozan de acierto y legalidad, situación que evidentemente sale de la esfera del área constitucional, que lo que busca es la protección de derechos fundamentales, no encontrando en este caso vulneración alguna.

Y es que la discusión que central en el presente caso se centra en determinar si el ente territorial accionado a la hora de crear los 7 nuevos empleos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, con código No. 202338, de manera amañada y deliberada alteró los requisitos de experiencia y funciones a desempeñar, y de ser así, si estos 7 nuevos empleos son mismos empleos y/o empleos equivalentes, con en el empleo denominado auxiliar administrativo código 407 grado 2 con OPEC 42414, lo que requiere un debate probatorio que garantice el debido proceso para ambas partes.

Puestas así las cosas, y en la medida que ese debate debe adelantarse ante el juez instituido para ello, como lo es el juez contencioso administrativo, escenario que brinda las garantías reales para una dinámica probatoria en que ambas partes participen activamente y no este escenario especial, expedito y particular como es la de tutela.

No obstante ello, relevados en todo caso de analizar en profundidad el punto central del debate propuesto por la actora, en la medida en que, no se satisface el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de este tipo de acción constitucional, no se verifica por este despacho, una vulneración flagrante y evidente a algún derecho fundamental de la actora, pues el Municipio de Barbosa se encuentra facultado para modificar el Manual de Funciones y Competencias Laborales de la alcaldía de Barbosa- Antioquia, además, si para este cambio se tuvo en cuenta el Estudio Técnico de Reorganización y Modernización Administrativa de dicho municipio realizado el 05 de agosto de 2020, no luce caprichosa ni amañada la modificación como lo quiere hacer ver la accionante.

Igualmente, no se evidencia vulneración de derecho fundamental alguno a la actora, por parte de la Comisión Nacional de Servicio Civil, institución administradora del concurso por ley, al concluir que los empleos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, con código No 202338 **no corresponde a un mismo empleo** respecto de los empleos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, identificados con código OPEC 42414, 42415, 110419, 110420, 110421, 110429, 110430, 110431, 110442, 110449, 110450, 110451 y 110461, pues nótese que para llegar a dicha conclusión tuvo en consideración la denominación, código y grado; la ubicación geográfica; requisitos de estudio y requisitos de experiencia, dando así cumplimiento al Criterio Unificado del 22 de septiembre del 2020, decisión que goza de la presunción de acierto y legalidad.

Este Despacho comparte la postura de la CNSC, al indicar que el usar una lista de elegibles sin tener en cuenta todos y cada uno de los elementos del empleo, si constituiría una vulneración al principio de mérito.

Ahora bien, frente a la acreditación de un peligro inminente o un perjuicio irremediable, que habilite a esta juez constitucional para su reconocimiento, así fuera de forma transitoria, para Despacho no se acreditó, si bien la accionada indica que de no tomarse medidas urgentes antes de que venza la vigencia de la Lista, se vulnera el Derecho al trabajo y el acceso a los cargos públicos que le corresponde, lo que no es del todo cierto, pues no puede perderse de vista que la accionante cuenta con una mera expectativa frente a la posibilidad de tomar posesión al cargo al cual concurso, y no un derecho consolidado en su favor como lo quiere hacer ver la accionante, por lo cual no se logra evidenciar la urgencia y el posible perjuicio irremediable, razón para concluir que no es la tutela el mecanismo llamado a dirimir su inconformidad.

Finalmente, frente a la intervención de los señores Juan David Zapata Londoño y Deycy Marilem Cataño Giraldo, encuentra el Despacho que no tienen legitimación en la causa, pues mírese que en el presente caso se encuentra en discusión los empleos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 2, con código No 202338, con el identificado con OPEC 42414, y los intervinientes indican que se presentaron al cargo identificado con OPEC 110449 y 110450, siendo puestos diferentes a los aquí discutidos, por lo que no existe razón para hacer parte de esta acción constitucional.

En mérito de lo expuesto, y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, el **JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

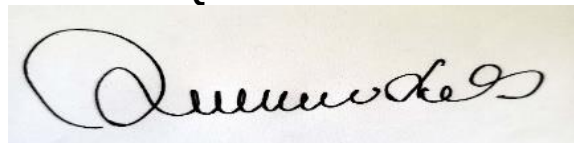
PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo constitucional impetrado por la señora DIANA MARCELA GARCIA TAPIAS, contra el ALCALDIA MUNICIPAL DE BARBOSA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL y en la que fueran vinculados todas las personas que ocupan el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 2, en provisionalidad en cargos de vacante definitiva en el Municipio de Barbosa, así como a los señores DIEGO ALEJANDRO BEDOYA CASTAÑO, PAULA ANDREA PENAGOS ROMÁN Y HÉCTOR FABIO LAYOS DURANGO, en cuanto al derecho fundamental del Debido Proceso invocado, por falta del requisito de procedibilidad del principio de subsidiariedad, conforme quedó expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR falta de legitimación en la causa de los intervinientes, los señores Juan David Zapata Londoño y Deycy Marilem Cataño Giraldo.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión conforme a lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiendo que la presente Puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación.

CUARTO: Si no fuere impugnado este proveído dentro de la oportunidad legal, se ordena su remisión ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Milena Sabogal Ospina', is written over a light blue rectangular background.

**DIANA MILENA SABOGAL OSPINA
JUEZA**