Cartagena de Indias D.T. y C., dos (02) de marzo de dos mil veintiunos (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	Acción de tutela. – impugnación -
Radicado	13001 33-33-013-2021-00018-01
Accionante	Marly Johana Oviedo Escarraga
Accionado	Municipio de Santa Cruz de Mompóx- Comisión Nacional de Servicio Civil
Magistrado Ponente	Roberto Mario Chavarro Colpas.
Asunto	Igualdad, debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos

II.- PRONUNCIAMIENTO

La señora Marly Johana Oviedo Escarraca, actuando apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el municipio de Santa Cruz de Mompóx-Comisión Nacional del Servicio Civil, por considerar que los entes mencionados vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, y al acceso a cargos públicos.

III.- ANTECEDENTES

- **Pretensiones.**

Sean amparados los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, acceso a cargo públicos y al trabajo. Y como consecuencia de ello, que se le ordenare al Alcalde del municipio de Santa Cruz de Mompóx, dar posesión a la accionante en el cargo que accedió mediante el concurso o uno equivalente.

- **Hechos**

Que mediante acuerdo número CNSC-2018 000000 6426 de 16 de octubre de 2018 la CNSC estableció las reglas para proveer la planta de personal de la Alcaldía del municipio de marras, más específicamente, el denominado "*secretario, código 440, grado 41, identificado con el código OPEC No. 26515 nivel asistencial*

Esta convocatoria se llevó a cabo a través del proceso de selección No. 766 de 2018 y mediante resolución No. 7870 del 28 de julio de 2020 por la cual se configuró la lista de elegibles, ocupando la hoy accionante, el primer puesto, como consta en el expediente.

Que el día 21 de octubre de 2020, en respuesta a una petición presentada por la hoy accionante, el día 10 de octubre de 2020, se le comunicaría que el grado al cual ella aspiró y pasó en el año 2018, fue degradado mediante decreto No 190401-002 de abril de 2012, en el cual se establecía la planta de personal de la alcaldía de Santa Cruz de Mompóx Bolívar, derogó las disposiciones contrarias, estipulando el cargo como Secretario con Código 440, Grado 3.

- **CONTESTACIÓN**

Municipio de Santa Cruz de Mompóx

Dentro del expediente se observa escrito de contestación del Municipio de Mompóx, su desacuerdo con el uso de la acción de tutela para la protección de los derechos que solicita la accionante se le amparen, en tanto considera existen otros medios más idóneos para la protección de los derechos conculcados a la accionante.

Frente a los hechos de la acción, considera que los hechos primero, segundo y tercero, son totalmente ciertos, no sin antes aclarar frente al hecho tercero que la persona que expidió el **Decreto 190401-001** modificatorio del cargo fue la ex alcaldesa **Nubia Isabel Quevedo Ángel**, explicitando que dicho cargo estaba siendo ocupado en provisionalidad por la señora Yulais Hurtado Hernández.

De los hechos cuarto al noveno, presentados por el accionante, manifiesta la entidad accionada que todos son ciertos. Por último, frente a los hechos décimo segundo al décimo cuarto, manifiesta que todos son ciertos, haciendo la salvedad de que en el caso de que se nombrara a la accionante, Marly Johana Oviedo Escarraga, podrían incurrir en sanciones disciplinarias y penales al no existir el cargo de secretario Código No. 440 grado 41 en la planta de personal además de las posibles demandas administrativas que puedan surgir por quien ocupa actualmente el cargo en provisionalidad

Comisión Nacional del Servicio Civil

En su escrito de contestación, enviado el 2 de febrero de 2020, como reposa en el expediente, la Comisión Nacional del Servicio Civil considera que no tiene legitimación en la causa por pasiva, aduciendo que dicha Comisión "*no tiene competencia para administrar la planta de tutela de personal de dicha*

entidad, no tiene la facultad nominador y tampoco tiene incidencia en la expedición de sus actos administrativos"[1]

Frente a los derechos que dice la accionante se le transgredieron, frente al derecho al debido proceso, manifiesta que en el presente caso la CNSC fue muy garante y transparente en el proceso de selección practicado para el municipio de santa Cruz Mompóx.

En lo relacionado al derecho al trabajo y acceso a cargos públicos, considera que los procesos de selección son fundamentales en la búsqueda del mérito y calidades de los aspirantes a acceder los empleos públicos de carrera, teniendo presente que para el caso en concreto la aspirante aprobó y superó cada una de las etapas del proceso.

Por último, en lo que concierne al derecho a la igualdad, la CNSC puso de presente que el proceso de selección se hizo con arreglo a las normas de la Constitución, la ley y los acuerdos de la convocatoria.

- **Sentencia de Primera Instancia.**

El Juzgado Décimo Tercero (13) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del diez de febrero de 2021, resolvió tutelar los derechos fundamentales del derecho al trabajo, al acceso a cargos públicos y; a la igualdad de la accionante Marly Johana Oviedo Escarraga, presuntamente violentados por la Alcaldía del Municipio de Santa Cruz de Mompóx.

De acuerdo a las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia, la accionada, Alcaldía Municipal de Santa Cruz de Mompóx, viola el derecho fundamental de acceso a cargo público, de una persona que, habiendo participado en un concurso de méritos, y habiendo ocupado en el primer puesto en la lista de elegibles no lo posesiona en el cargo.

Para arribar a esa conclusión, el a quo recordó que los procesos de selección de la Comisión Nacional de Servicio Civil se encuentran estandarizados por varias etapas, siendo estas: la divulgación, la convocatoria, las inscripciones; que a su vez se divide en preinscripción e inscripción, la verificación de requisitos mínimos, aplicación de pruebas; que evalúa las competencias básicas y funcionales junto con las competencias comportamentales y valoración de antecedentes, el listado de elegibles, el nombramiento y por último, el periodo de prueba.

Bajo esa lógica, de acuerdo a lo expuesto por el juzgado, toda persona que cumpla todas esas etapas y ocupe un puesto en la lista de elegibles adquiere

[1] Escrito de contestación frente acción de tutela 2021-00018, 2 de febrero de 2021

un derecho de carácter subjetivo consiste en ser nombrado para el cargo al que concurso cuando este se encuentre vacante o empleado en encargo o provisionalidad.

Concluye el a quo, que la reforma realizada a la planta de personal realizada por la entidad accionada fue irregular en tanto se estaba en proceso para proveer en carrera administrativa dicha vacante de forma definitiva y que dicha reforma no era excusa para no dar aplicación a la lista de elegibles.

Procediendo a emitir el fallo en los siguientes términos:

"***PRIMERO. NEGAR*** *el amparo de tutela deprecado respecto de la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
SEGUNDO. AMPARAR *el derecho a la igualdad, el debido proceso, acceso a un cargo público, y al trabajo de la señora Marly Jhoana Oviedo Escarraga, identificada con cédula de ciudadanía No.33.124.799.*
TERCERO. *Como consecuencia de lo anterior,* ***ORDENAR*** *al Alcalde del Municipio de Santa Cruz de Mompox nombrar, en el término de diez (10) días, a la accionante en el cargo de Secretaria, Código 440, Grado 3, que es el equivalente al cargo de Secretaria, Código 440, Grado 41, que corresponde al convocado en el concurso de méritos en el cual la señora Marly Jhoana Oviedo Escarraga, identificada con cédula de ciudadanía No.33.124.799, ocupó el primer lugar en el registro de elegibles.*

CUARTO. NOTIFICAR *la decisión aquí adoptada a los interesados en forma oportuna y eficaz.*"

- **La impugnación.** (Fls.91-95)

El impugnante no acompaña la solicitud de impugnación con escrito de sustentación, por lo tanto, la presente impugnación se resolverá bajo el mismo marco fáctico y jurídico del juez a quo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 132 de la ley 1564 de 2012, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

- **COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- **PROBLEMA JURÍDICO.**

De conformidad con lo anterior, en el caso que nos ocupa esta Corporación debe establecer si con la actuación de la accionada vulnera o no los derechos fundamentales invocados por la actora, a fin de determinar si debe ser confirmada o revocada la sentencia de primera instancia.

- **TESIS**

La Sala considera pertinente confirmar la sentencia impugnada por encontrarse ajustada a los parámetros legales y jurisprudenciales respecto a la protección de los derechos iterados.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

De la Tutela.

Carácter residual y subsidiario:

Frente al carácter subsidiario de la acción de tutela como requisito indispensable para la procedencia de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en que solo será procedente la mentada acción cuando se logre constatar que no existe otro medio de defensa judicial, que es posible que exista otro mecanismo pero este no tenga la eficacia deseada para la protección de los derechos fundamentales, o cuando se plantea como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable[2].

Este criterio fue esbozado por el artículo 6 numeral 1, del decreto 2591[3] encargada de regular las causales de procedencia de la acción de tutela, específicamente cuando dice *"La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante"*, lo que indica que será labor del juez constitucional verificar si en dicho caso específico no existía otro medio más eficaz para el amparo deprecado por el accionante.

Bajo esa lógica y según sentencia T-003 de 1992 para que el otro medio de defensa sea idóneo para la protección de derechos fundamentales este debe ser *"ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del*

[2] Corte Constitucional, Sentencia T-464 del 8 de octubre 2019, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo

[3] Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". En esa medida, si el otro medio de defensa judicial no cuenta con esas características, es posible que la acción de tutela desplace al otro medio ordinario.

En lo que respecta al presente caso frente a pretermisiones de las normas reguladoras del concurso de méritos, es posible que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pueda proteger los derechos del hoy accionante, pero debido a su estructuración , puede que no resulten lo más expedito para lograr una solución pronta al asunto o la posible consumación de un perjuicio irremediable como lo ha expuesto la jurisprudencia del órgano máximo de la jurisdicción constitucional [4].

Este ha sido un tema recurrente en la jurisprudencia constitucional cuando, por ejemplo, en sentencia T-388 de 1998 con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz se dijo lo siguiente:

> *"En reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de "acceder al desempeño de funciones y cargos público"*.

Bajo esos términos, como se puede observar en el caso sub judice, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no cumplía con los requisitos estipulados por la mentada corporación en la citada sentencia, en tanto de lo que se puede extraer del paquete de pruebas aportado por la accionante y la entidad accionada, y como fue analizado por el A quo,1) la situación de carácter subjetivo para la accionante surge a partir de que es publicada la lista de elegibles mediante resolución No 7870 del 28 de julio de 2020, lista de la cual ocupa el primer lugar para el cargo secretario 440,

[4] Corte Constitucional, sentencia SU-961 de diciembre 1ero de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa

grado 41 (aspecto que será tocado más adelante); 2)cargo que ya previamente había sido modificado por el decreto No. 190401-00 de primero de abril de 2019 de manera arbitraria y atentando contra el principio de la buena fe; 3) afectando así, las reglas originales del concurso, estipuladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante acuerdo No CNSC-20181000006426 del 16 de octubre de 2018 estipulados en el artículo 5, artículo 6, articulo 11 del citado acuerdo sobre los empleos convocados y por último, 4) cargo que en la actualidad viene siendo ocupado por la señora Yulais Hurtado Hernández en provisionalidad bajo la denominación secretario código 440, grado 3, evidenciándose la modificación realizada por la entidad accionada.

En consonancia con lo anterior, declarar improcedente la acción de tutela y obligar a la accionante a iniciar un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho sería someterla a las demoras características de la acción, prolongando la vulneración del derecho y en caso de que se llegare a una conclusión definitiva en una sentencia, implicaría otros trámites que harían insulso el amparo y poco eficaz.

Del derecho al debido proceso y a la igualdad frente a concursos de mérito.

Los concursos de mérito se entienden como un mecanismo idóneo de participación democrática, donde el Estado le permite al ciudadano intervenir en la selección realizada para proveer a los cargos públicos de aquellas personas que puedan desempeñar los cargos públicos ofertados en la mejor forma posible, esto bajo los criterios de honestidad e imparcialidad libre, libre de toda influencia que pueda viciar el proceso de selección, esto para garantizar que la persona más apta para el cargo ocupe el empleo.

De esa forma, se puede afirmar que las convocatorias basadas en el mérito, se preceden por un procedimiento vinculante para las partes involucradas, en aras de asegurar el debido proceso administrativo, la buena fe, la confianza legítima, la igualdad y el acceso a los cargos públicos de los participantes que superen las pruebas.

Al respecto, la honorable Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011, manifestó lo siguiente:

> *La convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro*

ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada""

Del criterio jurisprudencial citado anteriormente se puede extraer las siguientes conclusiones: 1) las convocatorias de los concursos de mérito son la norma que guía todo el proceso y una transgresión a ello sería traicionar la confianza legítima y la buena fe de los participantes, 2) como cualquier norma procedimental, vincula a la administración y la obliga a la administración a respetarlas para proveer los cargos.

Por otra parte, el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, conlleva entre sus características, el respeto a las formas previamente establecidas por el legislador por parte de todas las autoridades administrativas y judiciales.

Describe la Corte el derecho al debido proceso como un conjunto de etapas que son establecida por la ley con el fin de que las autoridades administrativas las cumplan y, a su vez, tienen como objetivo, brindar a los administrados seguridad jurídico y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones.[5]

Ahora bien, hechas las consideraciones anteriores, hablando específicamente del caso sub judice, nos encontramos con que la convocatoria identificada con cómo Acuerdo No. CNSC. – 2018000006426 del 16 de octubre de 2018 especifica en sus artículos 1 al 3 que la entidad participante que la entidad participante del concurso para proveer siente vacante, es la Alcaldía de Santa Cruz de Mompóx, se fijan unas reglas claras del proceso en el artículo 4 identificando todas las etapas del proceso que están conforme a lo dispuesto en el artículo 31 sobre las etapas del proceso de selección o concurso.

Por último, el artículo 6, en consonancia con todo lo expuesto en el presente acápite y; citando textualmente dice lo siguiente:

"ARTICULO 6°. NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS. El proceso de selección por méritos, que se convoca mediante el presente Acuerdo, se regirá de manera especial, por lo establecido en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, el Decreto Ley 760 de 2005. el Decreto Ley 785 de 2005. el Decreto 1083 de 2015. el Decreto 648 de 2017 a Ley 1033 de 2006, lo dispuesto en el presente Acuerdo y las demás normas concordantes.
PARÁGRAFO. El presente Acuerdo es la norma reguladora del concurso y obliga tanto a la entidad objeto de la misma, a la CNSC. a la Universidad o institución de Educación Superior que ejecute el desarrollo de la convocatoria, como a los participantes."

[5] Corte Constitucional, Sentencia T-502 del 17 de junio de 2010. Mg: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Y; posteriormente, en el artículo 13 de la convocatoria, se especifica que solo antes de dar inicio al proceso de inscripción, se podrá modificar o complementar de oficio o a solicitud de la entidad y debidamente justificado el proceso de selección.

Bajo ese marco, y atendiendo el material expuesto en el expediente, se encuentra que la entidad hoy accionada, de acuerdo al decreto No. 190401-002 del 1 de abril de 2019 modificó la planta de personal de la Alcaldía de Santa Cruz de Mompóx.

En esa modificación, como constató el a quo, se realizó un cambio de nombre y de grado al cargo, pero conservando los mismos principios y funciones que estaban originalmente, pero, en fin, transgrediendo la confianza legítima generada en favor del participante y lesionando las expectativas legitimas que se verían generadas con la posterior obtención del primer puesto en las pruebas.

Derecho de acceso al cargo público.

El artículo 40 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen los ciudadanos, a participar en la vida pública del Estado colombiano, el articulo dice expresamente lo siguiente:

> *"Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*
>
> *1. Elegir y ser elegido.*
>
> *2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
>
> *3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
>
> *4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*
>
> *5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*
>
> *6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*
>
> *7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*
>
> *Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública".*

Frente al numeral 7 del citado artículo, es válido decir que le aplican las reglas mencionadas en el acápite anterior, pero en el presente capitulo nos dedicaremos específicamente al derecho que tienen los ciudadanos de acceder a los cargos públicos.

En consideración a lo anterior, ya para el año de 1992[6], la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional indicaba que el *El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa*".

En esa misma sentencia, se dejó claro que, de presentarse una violación en casos concretos, la acción de tutela seria procedente para la protección del citado derecho, siendo un medio idóneo, expedito y eficaz.

En tiempos más recientes en sentencia SU- 339 de 2011 se resumirían los criterios que puede abarcar dicha protección, siendo los siguientes:

> *"Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo , (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos , (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos , (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público".*

Frente al caso que nos ocupa, es a todas luces evidente que el caso que nos atañe es aquel en que la persona ha cumplido con todos los requisitos y por alguna razón no es posesionada en el cargo habiendo ocupado el primer puesto en la lista de elegibles.

La Corte Constitucional estricta en este sentido, ha sido muy estricta ya de vieja data, cuando por ejemplo en el año 2000, recordó que se debe entender que si una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque existe tal cargo y no tendría sentido que el interesado se somete a pruebas, exámenes y entrevistas, sin que el proceso adelantado y sus resultados no se traduzcan en el nombramiento.[7]

En esa misma sentencia, la corporación expuso claramente el criterio de que el mero hecho de pertenecer a una lista de elegibles comporta un derecho adquirido de carácter subjetivo.

> "*Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y*

[6] Corte Constitucional. Sentencia T-003 de 1992

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2000

además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente".

Para concluir, la sentencia SU 913- de 2009 reafirma esa postura cuando dice lo siguiente:

"cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

En lo que respecta al presente caso, en la resolución N. 7870 de 2020 se creó un derecho singular para la hoy accionante, Marly Johana Oviedo Escarraga, cuando se expidió la resolución No 7870 de 7 de julio 2020 de julio para proveer una vacante en el empleo denominado Secretario, Código 440, Grado 41, identificado con el código OPEC No. 26515 para la planta de personal de la Alcaldía de Santa Cruz de Mompóx, ofertado por el proceso de selección No. 766 de 2018, convocatoria territorial Norte, habiendo quedado en el primer puesto.

Ese derecho adquirido debe llegar a la consumación con el respectivo acto administrativo de nombramiento y la posesión. Como se puede constatar en el expediente, la accionante en respuesta a correo emitido por el subsecretario de gobierno y talento humano David Hernández Rodríguez, el día 2 de septiembre de 2020, en el cual le solicitan la hoja de vida completa para finalizar el proceso de vinculación, el jueves 3 de enero de 2020 presenta los documentos completos de sigeb a la Oficina de Talento Humano del municipio de Santa Cruz de Mompóx, quedando a la espera de posibles requerimientos futuros.

Ante la falta de respuesta y a la expectativa de su nombramiento, la accionante Marly Johana Oviedo Escarraga, presenta derecho de petición el día 7 de octubre de 2020 solicitando, se le aclarara por qué hasta la fecha no se había oficializado el nombramiento.

Petición a la cual recibiría respuesta formal el día 3 de diciembre de 2020 respondiéndosele que el cargo ofertado ya había sido modificado mediante decreto 190401-002 del 1ero de abril de 2019 pasando a ser secretario con código 440 y grado 3.

Momento en el cual se consumaría el daño en contra de la accionante por lesionar el interés frente a un derecho legítimamente adquirido en la lista de elegibles de la cual ocupo el primer lugar.

Aunado a lo anterior, se puso de presente en la contestación de la acción de tutela que ya dicho cargo, que era igual o equivalente al ofertado en 2018 estaba siendo ocupado en provisionalidad por la señora Yulais Hurtado Hernández.

DEL CASO EN CONCRETO

Previo al estudio de fondo del caso planteado en el escrito de amparo, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que, al tenor del artículo 86 de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en: (i) la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la instauración del recurso de protección de manera oportuna (inmediatez); y (iii) el agotamiento de los mecanismos judiciales existentes, salvo que tales vías no sean eficaces o idóneas, o en su defecto se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad).

- Legitimación en la causa.

Este Tribunal considera que la legitimación en la causa por activa se encuentra acreditada en esta oportunidad, puesto que conforme a los artículos 86 de la Constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991, la ciudadana Marly Johana Oviedo Escarraga, ya sea por si misma o a través de un tercero que actué en su nombre como apoderado judicial

Frente a lo anterior, se puede afirmar que, en efecto, la parte accionante, se encuentra legitimada por activa para solicitar la protección de su derecho fundamental al acceso a un cargo público, el cual considera vulnerado por la conducta del Municipio de santa cruz de Mompóx

- Inmediatez

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta que el amparo de tutela está previsto para la "*protección inmediata*" de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados, con lo cual el Constituyente buscó asegurar que dicha acción sea utilizada para atender afectaciones que de manera urgente requieran de la intervención del juez constitucional.

Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado que le corresponde al juez constitucional verificar en cada caso concreto si el plazo fue razonable y proporcionado, es decir, si teniendo en

cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, la acción tutela se interpuso oportunamente.

En este sentido, esta Sala advierte que el amparo examinado satisface el presupuesto de inmediatez, ya que fue interpuesto el 29 de enero de 2021, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la contestación de la petición de la petición incoada por la accionante el 7 de octubre de 2020.

Además de las consideraciones expuestas anteriormente, en este expediente, la Sala encuentra que la omisión de no nombrarla y posesionarla en el cargo perdura en el tiempo, por lo que los efectos de la supuesta omisión de la entidad se prolongan en el tiempo

- Subsidiariedad

La Corte Constitucional, ha sostenido que es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que esta es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por ser residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen prerrogativas de naturaleza constitucional. En consecuencia, el recurso de amparo no puede convertirse en un instrumento alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías existentes en el ordenamiento jurídico, salvo que las mismas sean ineficaces, no idóneas o se configure un perjuicio irremediable.

Es así que la Corte Constitucional ha dispuesto que, en materia de protección al derecho de acceso al cargo público, los accionantes no cuentan con un mecanismo ordinario de defensa idóneo y eficaz para solicitar la protección de su derecho a la igualdad, al debido proceso, al derecho de acceso a cargos públicos, por lo que hace procedente dicho mecanismo.

Decisión de fondo.

En este escenario, es relevante destacar los siguientes aspectos facticos que se encuentran acreditadas en el expediente son: la señora Marly Johana Escarraga Oviedo se inscribió a convocatoria regulado por el acuerdo número CNSC-2018 000000 6426 de 16 de octubre de 2018, para proveer los cargos de la planta de personal de la Alcaldía de Santa Cruz de Mompóx, más específicamente del cargo secretario, código 440, grado 41.

Que la entidad accionada, Alcaldía de Santa Cruz de Mompóx, modificaría de manera extemporánea cuando el 1ero de abril del año 2019 mediante decreto No. 190401-001 la denominación del cargo, contraviniendo la buena fe de los participantes del concurso para proveer dicho cargo.

Que mediante resolución No. 7870 del 28 de julio de 2020, se notificaría mediante acto administrativo particular a la señora Marly Johana Escarraga Oviedo, que había ocupado en el primer lugar de la convocatoria para proveer el cargo de secretario Código 440, grado 41, generándose de esa forma un derecho subjetivo en favor de la accionante de ser posesionada en el cargo y acompasado con el artículo 57 de la convocatoria que estipula claramente que el representante legal de la entidad, en este caso, el alcalde tendrá 10 días hábiles para producir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba por 6 meses. Acto que no se produjo en el término estipulado, violentándose el derecho de la hoy accionante a acceder al cargo público que a través del mérito obtuvo.

Finalmente, cabe recordar que la entidad accionada, en la contestación de la demanda sostuvo que el cargo equivalente tanto en nombre como en funciones y principios orientadores estaba siendo ocupado por la señora Yulais Hurtado Hernández en provisionalidad. Al respecto , como lo sostuvo el A- quo, vale recordar que las personas nombradas en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa como lo ha interpretado la Corte, configurándose entonces en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo.[8] Esto acompasado con el artículo 23 de la ley 909 de 2004 que estipula *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 carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito.*

Efectivamente, como lo sostiene la accionada, surge el deber para ellos de motivar el acto administrativo que desvincula al tercero que ocupa el cargo en provisionalidad, al respecto, la jurisprudencia constitucional dejó sentado que solo será admisible la declaratoria de insubsistencia del cargo invocando argumentos puntuales como lo es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo[9], criterio totalmente aplicable al caso.

Decisión.

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

[8] Corte Constitucional Sentencia T-464 del 8 de octubre de 2019

[9] Corte Constitucional Sentencia SU-917 del 16 de septiembre de 2010

IV- FALLA

PRIMERO. CONFIRMASE con la modificación aritmética indicada el 17 de febrero de 2021, la providencia del 10 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

> "*SEGUNDO. AMPARAR el derecho a la igualdad, el debido proceso, acceso a un cargo público, y al trabajo de la señora Marly Johana Oviedo Escarraga, identificada con cédula de ciudadanía número 1.110.514.855*
> *TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR al Alcalde del Municipio de Santa Cruz de Mompox nombrar, en el término de diez (10) días, a la accionante en el cargo de Secretaria, Código 440, Grado 3, que es el equivalente al cargo de Secretaria, Código 440, Grado 41, que corresponde al convocado en el concurso de méritos en el cual la señora Marly Johana Oviedo Escarraga, identificada con cédula de ciudadanía número 1.110.514.855, ocupó el primer lugar en el registro de elegibles"*

SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(PONENTE)

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN **JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL.**

Roberto Mario Chavarro Colpas
Magistrado(a)
Tribunal Administrativo De Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
9c3127521c4b79096f42fde602d0ceb136cdd3c09f4596c831da420401a935a1
Documento firmado electrónicamente en 03-03-2021

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx