

T-723-13

Sentencia T-723/13

(Bogotá, D.C., Octubre 17)

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Finalidad

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN CONCURSO DE MERITOS-Convocatoria como ley del concurso

DERECHO A LA IGUALDAD-Alcance y contenido

Según la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional pues ha sido considerada un valor, un principio y un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva por una parte de su consagración en el preámbulo de la Carta que lo menciona como un valor y de otro lado, del artículo 13 de la Constitución que lo consagra como derecho fundamental y como principio. A su vez, otras disposiciones constitucionales concretan la igualdad en diferentes ámbitos como es el caso del artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores, el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa, entre otras disposiciones. La igualdad carece de contenido material específico, debido a que no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado e injustificado. En efecto, cuando esta situación sucede es necesario realizar una comparación entre las dos o más situaciones sobre las que se presume el trato diferenciado y se hace indispensable evidenciar los elementos sobre los que recae dicho trato discriminatorio.

CURADURIA URBANA-Implica el ejercicio de una función pública

CURADOR URBANO-No es de carrera administrativa/CURADOR URBANO-Definición

Los curadores urbanos no pertenecen a un régimen especial debido a que el constituyente así lo dispuso, tampoco tienen uno específico pues el legislador no ha considerado que las funciones ejercidas por éstos requieran de la creación de un propio régimen y finalmente

como son nombrados por un periodo de 5 años no se les puede aplicar el régimen general de carrera. Por su parte, las disposiciones encargadas de regular esta actividad establecieron que los curadores urbanos son particulares que ejercen función pública, situación que imposibilita que se les aplique cualquier disposición que caracterice o que haga parte de los regímenes de carrera administrativa o en su defecto de los servidores públicos.

FUNCIONARIO DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y CURADOR URBANO-Diferencia

DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA IGUALDAD-No vulneración en concurso para curador urbano

Referencia: Expedientes T-3.949.701

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, del 4 de abril de 2013, que confirmó parcialmente la providencia del 22 de febrero de 2013, del Juzgado Segundo Civil Municipal de Pasto.

Accionante: José Germán Rosas Rosas actuando como apoderado del señor Roberto Franco Erazo Narváez.

Accionados: Alcaldía Municipal de Pasto y la Institución Universitaria CESMAG.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demandas de tutela.

1.1. Elementos y pretensiones[1].

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: igualdad, debido proceso y trabajo.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: La aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al suplente del aspirante a curador urbano, quien está en carrera administrativa al desempeñarse como profesional en la Gobernación de Nariño.

1.1.3. Pretensión: En primer lugar, que se ordene la suspensión inmediata del concurso de méritos para la designación de curadores 1 y 2 urbanos de Pasto, el cual está en curso. En segundo término, que se admita al actor y a su grupo interdisciplinario en el concurso de méritos que tendrá como objeto designar los curadores urbanos 1 y 2 durante un periodo de 5 años en la ciudad de Pasto. Por último, que se les practiquen todas las pruebas a partir de la admisión del accionante al concurso.

1.2 Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. Hechos.

1.2.1.1. La Alcaldía Municipal de Pasto, contrató a la institución universitaria CESMAG con sede en dicha ciudad, para que mediante convocatoria pública desarrollara el concurso de méritos para la designación y/o redesignación de los curadores urbanos 1 y 2 en Pasto, por un periodo individual de cinco años comprendidos entre el año 2013 al 2017.

1.2.1.2. La institución CESMAG fijó las bases del concurso de méritos para los interesados. En consecuencia, el señor Roberto Franco Erazo Narvárez y su grupo interdisciplinario presentó los documentos requeridos en las bases del concurso y en ley.

1.2.1.3. Posteriormente, CESMAG publicó la lista con las personas admitidas. En dicha lista el señor Erazo Narvárez aparece como inadmitido debido a que "[n]o acredita un grupo interdisciplinario especializado con la experiencia y las calidades requeridas que apoyará la labor del curador urbano, toda vez que la PERSONA QUE ES PROPUESTA COMO POSIBLE SUPLENTE SE ENCUENTRA INHABILITADO POR SER SERVIDOR PÚBLICO, SEGÚN ARTÍCULO 8 LEY 80/93" [2]. A juicio del actor, esta decisión es contradictoria pues no tiene relación la experiencia y las calidades del grupo interdisciplinario, con que la persona propuesta como suplente ostente la calidad de servidor público. A su vez, afirmó que la Ley 1150 de 2007 en el artículo 32 derogó la palabra "concurso" del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, situación

que implica que no sea cierto que un servidor público esté inhabilitado para participar en un concurso.

1.2.1.4. Debido a lo anterior, el tutelante, a través de apoderado presentó una reclamación ante el CESMAG, sin embargo, la institución se mantuvo en su decisión e insistió en que el señor Alejandro Primitivo Erazo, por ser servidor público, está inhabilitado para acceder al concurso. Aceptar esta interpretación implicaría que la persona quedara desempleada mientras se resuelve una mera expectativa.

1.2.1.5. Consideró que el señor Alejandro Erazo es sólo un aspirante, el cual empieza a ejercer su cargo como arquitecto a partir del momento que Roberto Franco Erazo sea designado curador urbano y como posible reemplazo de éste cuando se de una falta temporal o absoluta.

A su vez, el actor afirmó que el CESMAG realizó una inadecuada interpretación del Decreto 1469 de 2010, el cual establece en su artículo 101 que: “corresponderá al alcalde municipal o distrital designar al curador provisional, quien deberá reunir los mismos requisitos para ser curador urbano y podrá pertenecer al grupo interdisciplinario especializado adscrito a la curaduría”; esto implica que es una facultad discrecional del alcalde designar a la persona que reemplazaría al curador en caso que se de una falta temporal o absoluta.

1.2.1.6. Por otra parte, informó que la institución universitaria para reafirmar la inadmisión del actor aseguró que la inhabilidad que recae sobre Alejandro afecta a todo el grupo interdisciplinario. Adicionalmente, que se encuentra inmerso en la causal de inhabilidad prevista en el literal f) de las bases del concurso, la cual hace referencia a los aspirantes a integrar la lista de elegibles para ocupar el cargo de curador urbano. Consideró, asimismo, que esta disposición no se le puede aplicar a Alejandro, debido a que Roberto es el que aspira a ocupar alguno de dichos cargos.

1.2.1.7. De otra parte, el tutelante indicó que en las bases del concurso se exigía a todas las personas que fueran hacer parte del equipo interdisciplinario suscribir una carta en la que se comprometían a trabajar de manera exclusiva al servicio de la curaduría, en caso de llegar a ser elegido el aspirante en dicho cargo.

1.2.1.8. A su vez, el actor aduce que la institución demandada vulneró el derecho a la

igualdad, al estimar que Alejandro se encuentra incurso en una causal de inhabilidad por ser servidor público. Sin embargo, en el caso del concursante Germán Vela Luna, admitieron como su suplente al señor Hernando Castillo Bravo, quien también ostenta la calidad de servidor público al haber sido nombrado en el cargo de curador urbano No. 2 mientras se adelantaba el concurso de méritos y se posesionaba la persona elegida.

1.2.1.9. Finalmente, informó que el Alcalde de Pasto mediante resolución No. 072 de 2013 publicó el resultado de los participantes admitidos, siendo el único aceptado el señor Germán Vela Luna y cuyo suplente actualmente ejerce las funciones públicas de curador en provisionalidad.

1.3. Respuesta de las entidades accionadas[3].

1.3.1. Institución Universitaria CESMAG[4].

El representante legal de la entidad accionada, el señor Alirio Rojas Ortiz, informó que al accionante no se le han vulnerado los derechos invocados y solicitó que la tutela sea declarada improcedente por las siguientes razones.

1.3.1.1. La institución aseguró que el señor Roberto Franco Erazo Narvárez aportó la documentación exigida para él en calidad de aspirante y la del equipo interdisciplinario que lo acompañaría, sin embargo, esto no quiere decir que dicha documentación cumpla con las calidades y experiencia necesaria para ser elegido curador ya que dicho análisis está a cargo del CESMAG.

1.3.1.2. En cuanto a la publicación de las personas admitidas e inadmitidas, indicó que en efecto el accionante no fue admitido por la razón allí expuesta. Dicha decisión no es contradictoria, pues en las bases del concurso se establecieron los requisitos de forma y fondo con los que era necesario cumplir y especialmente en los literales e, f y g, se indicó respectivamente que se requería no estar incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad según el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010, no haber ejercido como servidor público con jurisdicción o autoridad administrativa, civil o política en el respectivo municipio dentro del año anteriormente a la fecha de cierre de la convocatoria y acreditar un grupo interdisciplinario especializado que apoye en aspectos legales, de ingeniería civil con énfasis en estructuras y de arquitectura.

El señor Roberto Franco Erazo en la demanda de tutela hace una interpretación del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, la cual es equivocada e improcedente porque no es aplicable al presente caso y además dicha disposición derogó las expresiones “concurso” y “términos de referencia” a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993, lo que no implica una derogación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sino que es sólo una cuestión semántica.

1.3.1.3. Por otra parte, se refiere a que el actor afirmó que el Decreto 1469 de 2010 en su artículo 101, le da la facultad al Alcalde de decidir quien remplazará al curador en el evento que se presente una falta temporal o permanente. Al respecto, consideró que el decreto debe ser leído en su conjunto y en consecuencia el numeral 3 del artículo 87 de la disposición señalada establece que al menos uno de los miembros del equipo interdisciplinario debe cumplir con los requisitos exigidos al aspirante a curador para suplirlo en caso que se de una falta temporal. Lo anterior hace referencia a las reglas establecidas para el concurso de méritos y no a la ocurrencia de una eventual situación administrativa.

1.3.1.4. A su vez, expresó que la decisión de declarar inhabilitado al señor Alejandro Erazo, quien ostenta la calidad de servidor público según consta en su hoja de vida y en la constancia del 3 de diciembre de 2012, expedida por la oficina de Talento Humano de la Gobernación de Nariño en la que se evidencia que al cierre de la convocatoria ocupa un cargo de carrera administrativa como arquitecto, se fundamentó en el artículo 54 de la Ley 734 de 2002, en el numeral 1 literal f) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010.

Es así, que tener la calidad de servidor público es la que inhabilita a una persona para participar en el concurso de curadores urbanos, situación que no puede entenderse como que se encuentra condenado a no poder trabajar, pues precisamente en el caso concreto de Alejandro lo está haciendo.

1.3.1.5. De otro lado, el CESMAG rechazó la acusación que el accionante realizó respecto del señor Jesús Hernando Castillo quien hace parte del equipo interdisciplinario de Germán Vela Luna y que según él también ostenta la calidad de servidor público al trabajar de manera provisional en la curaduría urbana No. 2 de Pasto.

Al respecto, la institución aseguró que este puesto no otorga la calidad de servidor público según los artículos 73[5] y 74[6] del Decreto 1469 de 2010. A su vez, aseguró que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-984 de 2010 sostuvo que, las curadurías urbanas no aparecen mencionadas en la Constitución como una función de carácter público que deba organizarse a partir de la carrera administrativa y en caso de que existiera un régimen de carrera éste no sería especial. De igual manera, las curadurías urbanas no se encuentran dentro de lo estipulado por el artículo 123 de la Carta Política, de ahí que el régimen aplicable y por voluntad del legislador está contenido en el Decreto 1469 de 2010.

1.3.2. Respuesta de la Alcaldía Municipal de Pasto - Nariño[7].

La señora Alba Lucy Martínez Maya, como apoderada del municipio de Pasto, informó que en el artículo 100 y siguientes del Decreto 1469 de 2010 se determinó el procedimiento que se deberá surtir en caso de ausencia temporal o definitiva del curador, así mismo, que el reemplazo deberá acreditar las mismas calidades exigidas para ser curador titular.

1.3.2.1. Respecto del señor Jesús Hernando Castillo Bravo que es integrante del equipo interdisciplinario de Germán Vela y que está ejerciendo como curador, aseguró que no ostenta la calidad de servidor público, razón por la cual no le es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en virtud del artículo 123 de la Constitución y del Decreto 1469 de 2010.

1.3.2.2. En cuanto a los derechos fundamentales invocados, la Alcaldía manifestó respecto al derecho al trabajo que no se está vulnerando debido a que, no es un derecho fundamental de protección inmediata y en caso de ser protegido se deben estar afectados otros derechos tales como la igualdad, mínimo vital y la libertad de asociación. Acerca del derecho a la igualdad sostuvo que no es posible establecer un trato discriminatorio entre las dos situaciones planteadas por el actor, lo que no justificaría una protección constitucional al respecto.

1.3.2.3. Finalmente, consideró que el actor antes de acudir a la acción de tutela debe agotar todos los mecanismos que estén a su alcance. Debido a todo, lo expuesto, solicitó que la tutela sea declarada improcedente.

El señor Germán Vela Luna está de acuerdo con el grueso de los argumentos expuestos por el CESMAG y por la Alcaldía de Pasto y hace especial énfasis por un lado, en que el ingeniero Hernando Castillo al desempeñar el cargo de curador urbano en provisionalidad es un particular con funciones públicas y no un servidor público, situación jurídica distinta a la del arquitecto Alejandro Erazo. De otra parte, aseguró que el señor Roberto Erazo se desempeñó como curador urbano por un periodo de cinco años y no se explica como nuevamente aspira a ocupar el mismo cargo cuando desconoce la naturaleza jurídica del mismo.

1.3.4. Respuesta del señor Alejandro Primitivo Erazo Paz[9].

El señor Alejandro Primitivo Erazo Paz aseguró que cuenta con una formación profesional que le permite ejercer el cargo al que aspira, sin embargo, desconoce si se encuentra inmerso en una causal de inhabilidad. Así mismo, afirmó que el cargo que ocupa en el municipio de Pasto es de profesional y no tiene ninguna autoridad política, civil o administrativa y que en el evento de que el señor Roberto Erazo sea elegido trabajaría de manera exclusiva para la Curaduría.

1.4. Decisiones de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia del Juzgado Segundo Civil Municipal de Pasto, del 22 de febrero de 2013[10].

El juez concedió el amparo solicitado exponiendo los siguientes argumentos: en primer lugar, consideró que existe una contradicción en la razón expuesta por la universidad para inadmitir al accionante y a su equipo interdisciplinario, pues da por sentado que al estar el suplente inhabilitado por ocupar un cargo público, el resto del equipo no es especializado ni cuenta con la experiencia y calidades requeridas. Al respecto, el CESMA expresó: “No acredita un grupo interdisciplinario especializado con la experiencia y las calidades requeridas que apoyara la labor del curador urbano, toda vez que la persona que es propuesta como posible suplente se encuentra inhabilitado por ser servidor público, según artículo 8 Ley 80/93”.

En segundo lugar, aseguró que la inhabilidad del señor Alejandro Erazo no es determinante, pues según lo dispuesto en el artículo 100 y siguientes del Decreto 1469 de 2010, es

facultad del alcalde designar al suplente del curador. A su vez, la norma mencionada no dice que las inhabilidades e incompatibilidades que le son aplicables al titular también se le deban aplicar a todo el equipo interdisciplinario, es decir que aceptar la postura del CESMAG vulneraría el derecho al debido proceso del señor Roberto Erazo Narváez, quien cumplió con todos requisitos exigidos en la convocatoria y la Ley.

Finalmente, afirmó que la acción de tutela es procedente pues mientras la jurisdicción contenciosa realiza un pronunciamiento de fondo el concurso ya habrá finalizado. Debido a lo anterior, el juez protegió los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor Roberto Erazo Narváez y en consecuencia le ordenó a la Institución Universitaria CESMAG y a la Alcaldía Municipal de Pasto que en el término de 48 horas procedieran a expedir un nuevo acto administrativo admitiendo al señor Roberto Franco Erazo Narváez y a su grupo interdisciplinario en el concurso de meritos para la designación de los curadores urbanos 1 y 2 del Municipio de Pasto.

1.4.2. Impugnación.

1.4.2.1. Alcaldía Municipal de Pasto[11].

Aseguró que el profesional designado para reemplazar al curador deberá cumplir con las condiciones y calidades exigidas a éste. En cuanto a la remisión que realizó el juez al artículo 100 y siguientes del Decreto 1469 de 2010, consideró que una cosa es el concurso y otra las decisiones que con posterioridad tenga que tomar el alcalde.

A su vez, el artículo 87 de la misma disposición dispone que al menos uno de los miembros del equipo interdisciplinario deba reunir las mismas calidades que el curador para suplirlo, es así que no es cierto que a la persona que vaya a suplir al curador no se le pueda exigir las mismas calidades.

1.4.2.2. Institución Universitaria CESMAG[12].

En el presente caso es indispensable que se cumpla con el numeral 3, inciso 4 del artículo 87 del Decreto 1469 de 2010 y con las bases del concurso especialmente con el acápite II, numeral 1, literal g; disposiciones en las que se establece que se debe indicar al menos a uno de los integrantes del grupo interdisciplinario el cual reemplaza al titular en las faltas

temporales quien debe acreditar las mismas calidades del titular. Resulta claro que tanto quien aspira a ser curador como el que aspira a ser su suplente deben cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución, la ley y en las bases del concurso. Debido a todo lo anterior, solicita se revoque la sentencia recurrida.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto - Nariño, del 4 de abril de 2013[13].

Confirmó parcialmente la providencia del ad-quo. De una parte, aclaró que no comparte el argumento principal esgrimido en la sentencia revisada, pues asegura que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades pretende impedir que se utilicen factores de poder que puedan influir y romper el principio de igualdad de los aspirantes, es por esta razón que operan desde el momento de la convocatoria y no desde el momento que haya que nombrar a un curador que supla la labor del titular.

De otro lado, realizó un recuento de las distintas disposiciones legales en las que se define la naturaleza jurídica de los curadores urbanos, de los empleados y servidores públicos, concluyendo que los curadores urbanos actúan como particulares que ejercen funciones públicas, lo que implica que se les debe aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Es así, que el ingeniero Castillo Bravo, miembro del equipo interdisciplinario del aspirante a curador urbano Germán Vela Luna, es un particular investido de función pública y por lo tanto le son aplicables las mismas inhabilidades e incompatibilidades que a los servidores públicos. Debido a esto, consideró que las inhabilidades e incompatibilidades que cobijan al señor Alejandro Primitivo Erazo, también le son aplicables al señor Jesús Hernando Castillo Bravo, es decir que aceptar un trato diferenciado entre uno y otro aspirante vulnera el derecho a la igualdad.

En consecuencia, le ordenó al CESMAG que realice un nuevo estudio de los requisitos exigidos por los aspirantes teniendo en cuenta que los dos suplentes de los aspirantes se deben someter al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[14].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Derechos fundamentales vulnerados: Debido proceso e igualdad.

2.2. Legitimación activa: La acción de tutela fue interpuesta por el apoderado[15] del señor Roberto Franco Erazo Narváez. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86[16] de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre, a su vez, el Decreto 2591 en el artículo 10 reitera lo anterior y establece que los poderes se presumirán auténticos.

2.3. Legitimación pasiva: La Alcaldía Municipal de Pasto es una autoridad pública y la Institución Universitaria CESMAG es un particular encargado de prestar una función pública consistente en realizar el concurso de méritos para curadores urbanos en la ciudad de Pasto[17].

2.4. Inmediatez: la interposición de la acción de tutela fue el 11 de febrero de 2013[18] y la respuesta a la reclamación presentada por el accionante ante el CESMAG se dio el día 23 de enero de 2013[19], es decir dentro de un tiempo razonable

2.5. Subsidiariedad. El amparo constitucional, en principio es improcedente para aquellos casos en que existen otros mecanismos de protección, como el medio de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Pese a lo anterior, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela, cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable que en el presente caso consiste en impedir la finalización del concurso y la provisión del cargo, caso en el cual, procede el amparo como mecanismo definitivo.

3. Problema jurídico constitucional.

Le corresponde determinar a la Sala si ¿la Institución Universitaria CESMAG, al considerar que el señor Alejandro Primitivo Erazo, quien sería el suplente del accionante, se encuentra incurso en una causal de inhabilidad por ser servidor público de carrera en la Gobernación de Nariño, y por tanto inadmitir al tutelante en el concurso vulnera su derecho fundamental al debido proceso?

También corresponde establecer, si ¿al no haber inadmitido al aspirante Germán Vela Luna, dado que la persona postulada para ser su suplente: el señor Hernando Castillo Bravo ocupaba el cargo de curador urbano No. 2, lo que implicaría una vulneración al derecho fundamental a la igualdad?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala realizará un recuento sobre el derecho al debido proceso, a la igualdad; y analizará la naturaleza jurídica de los curadores urbanos.

4. Derecho al debido proceso. Reiteración de jurisprudencia.

El debido proceso es “el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le asegura a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”[20]. Igualmente, al promover concursos públicos las entidades encargadas de dicha actividad están atadas a los pliegos de condiciones y al imperio de las leyes. Esta labor debe ser ejercida dentro de los límites fijados en las distintas disposiciones; es decir, que las entidades tienen prohibido actuar por fuera de sus competencias y por lo tanto, sólo pueden proceder con base en normas previamente establecidas. A su vez, el derecho al debido proceso es la garantía con la que cuenta el ciudadano sobre la recta administración y la transparencia en el desarrollo de este tipo de procesos.

Esta garantía debe hacerse efectiva desde el inicio mismo del proceso, esto incluye la presentación de la documentación requerida y el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases del concurso y en las normas pertinentes.

4.2. En las bases del concurso de méritos se evidencia que la institución universitaria CESMAG estableció que era necesario para ser admitido cumplir con los aspectos establecidos en el numeral 1, literales e), f) y g)[21] en los que se requería que el aspirante

a curador no estuviera incurso en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad según el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010, a su vez, durante el año anterior a la convocatoria no puede ejercerse como servidor público en el respectivo municipio y dentro del grupo interdisciplinario al menos uno de los integrantes deberá reunir las mismas calidades exigidas para suplir al curador en las faltas temporales.

4.3. De igual manera, en dichas bases se previó como causal de inhabilidad e incompatibilidad las contenidas en el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010[22], el cual establece que serán las mismas de los particulares que ejercen funciones públicas, es decir, las contenidas en los artículos 37[23], 38[24] y 54[25] del Código Único Disciplinario, estas normas hacen remisión al artículo 113 de la Ley 489 de 1998 y al artículo 8 de Ley 80 de 1993.

De lo anterior, se evidencia que los aspirantes debían cumplir con lo establecido en dichas normas.

5. Derecho a la igualdad.

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

La igualdad carece de contenido material específico, debido a que no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado e injustificado. En efecto, cuando esta situación sucede es necesario realizar una comparación entre las dos o más situaciones sobre las que se presume el trato diferenciado y se hace indispensable evidenciar los elementos sobre los que recae dicho trato discriminatorio.

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

Esos dos contenidos pueden ser descompuestos en cuatro mandatos: "(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes"[26]. Lo anterior encuentra sustento constitucional en el artículo 13 pues reconoce que todas las personas nacen y permanecen iguales para el sistema jurídico y, segundo, le impone al Estado la obligación de emprender acciones en favor de los grupos discriminados o marginados.

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

6. Distinción entre funcionarios de carrera administrativa y curadores urbanos.

6.1. Los funcionarios de carrera administrativa.

Acorde con la Constitución de 1991 existen tres sistemas de carrera administrativa, los cuales son (i) la carrera general, (ii) los regímenes especiales que son los que tienen origen constitucional al existir un mandato expreso por parte del constituyente para que ciertas entidades del Estado tengan un régimen distinto al general, y (iii) los específicos que tienen origen legal[27]. La curaduría urbana no está mencionada en la Carta como una función de carácter público que deba organizarse como carrera administrativa, es decir que no tiene régimen especial.

La Corte en la sentencia C-315 de 2007 estableció que los regímenes especiales y los específicos son excepcionales, debido a esto, cuando el legislador pretenda crear un nuevo régimen basándose en la competencia que le otorgó los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, debe obedecer a que las normas generales de la carrera no le permiten a la entidad cumplir de manera adecuada con sus funciones porque presenta altos grados de complejidad o debido a que requiere de formas especiales de regulación. Debido a esto, el Congreso de la República antes de crear un nuevo régimen de carrera debe realizar un estudio sobre la especialidad de las funciones de dicho órgano.

5.2. Las curadurías urbanas.

La Corte al analizar el caso de las curadurías urbanas en la sentencia C-984 de 2010 expresó que el legislador no ha creado un sistema específico de carrera administrativa para esta actividad. Agregó que en la Ley 388 de 1997, la cual fue modificada por la Ley 810 de 2003, no se realizó una evaluación previa de la singularidad de la curaduría urbana o de la especialidad de las funciones a ella encomendadas que hubiese tornado necesaria la creación de un sistema específico.

A su vez, el artículo 9º de la Ley 810 de 2003, definió al curador urbano como un particular que ejerce una función pública en la que debe estudiar, tramitar y expedir licencias de construcción. En concordancia con lo anterior, el Decreto 1469 de 2010 en el artículo 73, señaló que el curador urbano “es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanización, construcción y subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de esta índole”, y en el artículo siguiente indicó que el “curador urbano ejerce una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes, a través del otorgamiento de licencias de parcelación, urbanización, subdivisión y de construcción”.

Al evidenciar que los curadores urbanos no pertenecen a un régimen específico de carrera administrativa se podría pensar que le es aplicable el régimen general, sin embargo, la Ley 909 de 2004 que reguló el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública, entre otros, dispuso que los empleos por ella regulados son de carrera administrativa, a excepción de los de periodo fijo.

Por su parte, la Ley 810 de 2003 en su artículo 9 numeral 4, indicó que “los curadores

urbanos serán designados para periodos individuales de cinco años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública”, es claro que el señalamiento de un periodo fijo excluye la posibilidad de que hagan parte de la carrera administrativa general.

En conclusión, los curadores urbanos no pertenecen a un régimen especial debido a que el constituyente así lo dispuso, tampoco tienen uno específico pues el legislador no ha considerado que las funciones ejercidas por éstos requieran de la creación de un propio régimen y finalmente como son nombrados por un periodo de 5 años no se les puede aplicar el régimen general de carrera. Por su parte, las disposiciones encargadas de regular esta actividad establecieron que los curadores urbanos son particulares que ejercen función pública, situación que imposibilita que se les aplique cualquier disposición que caracterice o que haga parte de los regímenes de carrera administrativa o en su defecto de los servidores públicos.

6. Caso Concreto.

6.1. La Alcaldía Municipal de Pasto, a través de la institución universitaria CESMAG, realizó un concurso de méritos para designar o redesignar a los curadores urbanos 1 y 2 en la ciudad de Pasto. Una vez fijadas las bases del concurso el señor Roberto Franco Erazo Narváez y su grupo interdisciplinario presentaron los documentos requeridos, sin embargo, fueron inadmitidos debido a que la persona que fue designada como suplente del curador, es decir el señor Alejandro primitivo Erazo estaba incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad al ser servidor público. El accionante al no estar de acuerdo con esta decisión presentó reclamación ante el CESMAG, la cual fue resuelta de manera negativa.

Así mismo, el accionante al interponer la acción de tutela consideró que la institución universitaria vulneró el derecho al debido proceso y a la igualdad, al no aplicarle el régimen de inhabilidad e incompatibilidad de los servidores públicos al señor Hernando Castillo Bravo quien actualmente ocupa el cargo de curador urbano No. 2 en provisionalidad y aspira a ser el suplente del concursante Germán Vela Luna.

Por su parte, la institución universitaria CESMAG aseguró que el actor no fue admitido, debido a que no cumplió con lo exigido en las bases del concurso de méritos, de manera específica con lo establecido en el numeral 1, literales e), f) y g) en los que se requería que

el aspirante a curador no debía estar incurso en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad según el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010.

6.2. Respecto del derecho al debido proceso:

El actor afirmó que la institución CESMAG tomó una decisión contradictoria al indicar que el equipo interdisciplinario no cumplía con la experiencia ni calidades requeridas, puesto que la persona indicada para ser su suplente en caso de faltas temporales o absolutas estaba ejerciendo un cargo público.

Como ya se manifestó la Alcaldía Municipal de Pasto a través del CESMAG indicó en las bases del concurso que los aspirantes a curadores urbanos y sus suplentes debían cumplir con los requisitos allí establecidos, entre los cuales se necesitaba no estar incurso en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad según el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010 y no ejercer como servidor público durante el año anterior a la convocatoria. Esta disposición hace una remisión a los artículos 37, 38 y 54 del Código Único Disciplinario, y éste último al artículo 8 de Ley 80 de 1993 en el que expresamente dispone en el literal f) que los servidores públicos son inhábiles para participar en este tipo de concursos.

Está demostrado que el señor Alejandro primitivo Erazo para el momento de la presentación de los documentos estaba trabajando como servidor público lo que implica que está inhabilitado para participar en este tipo de convocatorias al estar comprendido en la situación planteada en el literal f) de la Ley 80 de 1993 y de las bases del concurso.

6.3. Respecto del derecho a la igualdad:

Por otra parte, se evidencia que el accionante considera que el CESMAG vulneró el derecho a la igualdad de los participantes en el concurso de méritos al darle un tratamiento desigual a las personas que serían suplentes de los curadores al no aplicarles a los dos suplentes el régimen de inhabilidades e incompatibilidades enunciado en las bases del concurso.

El tratamiento desigual del que habla el actor se fundamenta en que su suplente está ocupando como arquitecto el cargo de profesional universitario grado 4, el cual pertenece a carrera administrativa según la certificación expedida por la oficina de talento humano de la Gobernación de Nariño[28], a quien se descalificó por estar inmerso en causal de

inhabilidad e incompatibilidad por ser servidor público; mientras que el suplente del aspirante Germán Vela Luna, el señor Hernando Castillo Bravo quien actualmente está nombrado como curador urbano segundo en provisionalidad del municipio de Pasto, tal y como consta en la certificación expedida por la Alcaldía Municipal de Pasto[29]. A juicio del accionante el régimen de inhabilidades e incompatibilidades también le era aplicable al señor Hernando Castillo Bravo.

6.4. Como se explicó, los curadores urbanos son particulares que ejercen función pública y que no pertenecen a ningún régimen de carrera administrativa, situación que automáticamente implica que no es posible darles el mismo tratamiento de los servidores públicos, esto incluye la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

De lo anterior se evidencia, que el tutelante pretende hacer una comparación sobre el trato que se le debe dar a dos grupos distintos de trabajadores, por un lado, están los servidores públicos y por el otro, los particulares que prestan funciones públicas, esta solicitud de trato igual no es posible hacerla, pues como se dijo el derecho a la igualdad consiste en darle trato igualitario a supuestos similares y en otorgar un trato diferente a supuestos de hecho distintos.

Debido a lo expuesto, la Sala revocará las sentencias de instancia y no accederá a las pretensiones del accionante.

9. Conclusión.

9.1. Síntesis del caso: La Alcaldía Municipal de Pasto a través de la institución universitaria CESMAG realizó concurso de méritos para designar o redesignar a los curadores urbanos 1 y 2 en la ciudad de Pasto. Una vez fijadas las bases del concurso el señor Roberto Franco Erazo Narváez y su grupo interdisciplinario presentaron los documentos requeridos, sin embargo, fueron inadmitidos debido a que la persona que fue designada como suplente del curador, es decir el señor Alejandro primitivo Erazo estaba incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad al ser servidor público. El accionante al interponer acción de tutela al considerar que la institución universitaria vulneró el derecho a la igualdad, al no aplicarle el régimen de inhabilidad e incompatibilidad de los servidores públicos al señor Hernando Castillo Bravo quien actualmente ocupa el cargo de curador urbano No. 2 en provisionalidad y aspira a ser el suplente del concursante Germán Vela Luna.

9.2. Regla de derecho: Un funcionario público se encuentra inhabilitado para participar en licitaciones al ser ésta una causal de inhabilidad e incompatibilidad contemplada en la ley.

Los curadores urbanos son particulares que ejercen función pública y no son funcionarios de carrera administrativa a los que se les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos. Al ser dos tipos de trabajadores diferentes no se les puede dar un trato igualitario en virtud del derecho a la igualdad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, del 4 de abril de 2013, que confirmó parcialmente la providencia del 22 de febrero de 2013, del Juzgado Segundo Civil Municipal de Pasto, y en su lugar, NEGAR el amparo solicitado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acción de tutela presentada el 11 de febrero de 2013, por el señor José Germán Rosas Rosas como apoderado del señor Roberto Franco Erazo Narváez, contra la Institución Universitaria CESMAG y la Alcaldía Municipal de Pasto. (Folios 2 al 7 del cuaderno No. 1).

[2] Afirmación realizada en los hechos de la demanda. (Folio 3 del cuaderno No.1)

[3] El Juzgado Segundo Civil Municipal de Pasto mediante oficio del 11 de febrero de 2013 admitió la acción de tutela y vinculó a las entidades. (Folio 57 del cuaderno No. 1). Posteriormente, el 18 de febrero de 2013 el Juzgado vinculó al señor Alejandro Primitivo Erazo Paz y al señor Germán Vela Luna. (Folio 84 del cuaderno No. 1).

[4] El señor Fray Alirio Rojas Ortiz, respondió la demanda de tutela, mediante oficio del 14 de febrero de 2013. (Folio 60 a 65 del cuaderno No. 1).

[5] Artículo 73. “Curador urbano. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanización, construcción y subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de esta índole”.

[6] Artículo 74. “Naturaleza de la función del curador urbano. El curador urbano ejerce una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes, a través del otorgamiento de licencias de parcelación, urbanización, subdivisión y de construcción”.

[7] Respuesta de la Alcaldía. (Folio 70 al 77 del cuaderno No. 1).

[8] Respuesta del señor Germán Vela Luna. (folio 86 a 89 del cuaderno No. 1).

[9] Respuesta del señor Alejandro Primitivo Erazo Paz. (folio 90 a 91 del cuaderno No. 1).

[10] Sentencia de primera instancia. (Folio 92 a 100 del cuaderno No. 1)

[11] Impugnación presentada por la Alcaldía Municipal de Pasto. (Folio 103 a 106 del cuaderno No. 1)

[12] Impugnación presentada por Institución Universitaria CESMAG. (Folio 107 a 110 del cuaderno No. 1)

[13] Sentencia de segunda instancia. (Folio 7 a 20 del cuaderno No. 2)

[14] En Auto del veintiocho (28) de junio de 2013, la Sala de Selección de tutela No. 6 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión del Expediente T-3.949.701.

[15] José Germán Rosas Rosas, poder que reposa en el folio 54 del cuaderno No. 1.

[17] Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

[18] Acción de tutela de fecha 9 de febrero de 2012. (Folio 1 al 3 del cuaderno 1)

[19] Notificación de la Reclamación interpuesta por el señor Roberto Franco Erazo. (Folio 45 del cuaderno 1).

[20] Sentencia T-001/93, M.P Dr. Jaime Sanín Greiffenstein

[21] Bases del concurso de méritos. Literal e) “No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 106 del Decreto 1469 de 2010”.

Literal f). “No haber ejercido como servidor público con jurisdicción o autoridad política, civil o administrativa en el respectivo municipio o distrito dentro del año anterior a la fecha de cierre de la convocatoria”.

Literal g). “Acreditar un grupo interdisciplinario especializado con la experiencia y las calidades requeridas que apoyará la labor del curador urbano, como mínimo en materia jurídica, arquitectónica y de ingeniería civil especializada en estructuras”

(...)

“Igualmente se expresa en forma categórica que de conformidad con el numeral 3 del artículo 97 del Decreto 1469 de 2010 al menos uno de los miembros del grupo interdisciplinario deberá reunir las mismas calidades del curador para suplirlo en los casos de faltas temporales”.

[22] Artículo 106. Régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. En ejercicio de sus funciones, a los curadores urbanos se les aplicará, en lo pertinente, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos previsto para los particulares que desempeñan funciones públicas en la ley.

[23] ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

[24] ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.
2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.
3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.
4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el

ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 2o. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

[25] ARTÍCULO 54. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.
2. Las contempladas en los artículos 8o. de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998,

o en las normas que los modifiquen o complementen.

3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.

[26] Sentencia C-250 de 2012.

[27] Sentencia C-1230 de 2005.

[28] Certificación de talento humano de la Gobernación de Nariño. (Folio 64 a 67 del cuaderno No.1 de pruebas).

[29] Certificación de la Alcaldía Municipal de Pasto. (Folio 101 del cuaderno No.2 de pruebas).