

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrado Ponente : John Jairo Ortiz Álzate
Referencia : 110013187008202200136 01 [T-022-23]
Accionante : Flor Marina Moreno Suarez
Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil. Otra
Decisión : Declara Nulidad

Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

El Tribunal procedería a resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del 12 de enero de 2023, por medio de la cual el Juzgado 8 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, negó *por improcedente* la tutela promovida por *FLOR MARINA MORENO SUAREZ*, en protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos, mérito y los principios de legítima confianza, buena fe seguridad jurídica; cuya vulneración atribuyó a la Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y a la Comisión Nacional del Servicios Civil – CNSC; pero se advierte la configuración de una irregularidad que determine la declaratoria de nulidad de lo actuado.

LA SOLICITUD

Los hechos relevantes fueron precisados en el fallo de primera instancia así:

La señora FLOR MARINA MORENO SUAREZ acude a la acción de tutela a fin de que se restablezcan los derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso

administrativo, acceso a cargos y funciones públicas por mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto a la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se ordene: 1) Al SENA verificar en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia de empleo identificado con el código Opec N° 59484 denominado Instructor Código 3010, Grado 1 al que concursó, o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.23 del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso de tiempo en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO). Quien seguidamente solicitará a la Comisión Nacional de Servicio Civil el uso de la lista de elegibles para lo cual el SENA deberá adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar el uso de las mismas. 2) A la CNSC que de la lista de elegibles del SENA, provea con listas de elegibles los empleos equivalentes a la Opec 59484 con la denominación instructor, Código 3010, Grado 1 que hayan sido declarados en vacancia definitiva que dentro de las 48 horas siguientes, el SENA expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles el cual enviará dentro de las 48 horas siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días. 3) El estudio de equivalencias que se le realice se lleve a cabo atendiendo los cinco pasos establecidos por la CNSC mediante el referido criterio unificado “uso de listas de elegibles para empleos equivalentes” con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020. 4) La CNSC elabore la lista de elegibles dentro de los cinco días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto remita dentro de los tres días siguientes al SENA quien a su criterio deberá nombrarla, dentro de los cinco días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse. 5) Suspender la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se le dé total cumplimiento al fallo de tutela. 6 Ordenar a la CNSC que una vez se expida la nueva lista de elegibles recompuesta y al tratarse de un acto administrativo nuevo se debe dejar estipulado en la misma resolución la nueva vigencia de esa lista sea dos años a partir de la publicación de misma.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. La demanda correspondió al Juzgado 8 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, despacho que la admitió en auto del 30 de diciembre de 2022. En esa providencia, se dispuso correr traslado de la demanda a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

De igual manera, de forma oficiosa se dispuso la vinculación de los concursantes y aspirantes inscritos en el cargo identificado con la Oferta Pública de Empleos No. 59484 denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO

3010, GRADO 1, dentro de la convocatoria No. 436 de 2017. Para lo cual ordenó a la CNSC publicara en su respectiva página web el auto que avoca conocimiento.

2. El 12 de enero pasado, el a quo profirió el fallo en el que negó *por improcedente* el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos, mérito y los principios de legítima confianza, buena fe seguridad jurídica. Lo anterior, no sin antes discurrir, primero, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela, en específico en torno a los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

Expuesto en esos términos el debate, encontró que de conformidad con las precisiones jurisprudenciales descritas precedentemente, el tema objeto de controversia y lo informado por las accionadas, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan el proceso concursal en el cual participó la accionante, ello por cuanto sus reproches deben ser debatidos ante el juez natural competente para dirimir tales conflictos, esto es, ante la jurisdicción contenciosa administrativa; recuérdese que solo de manera excepcional es posible reclamar a través de la acción amparo la protección de los derechos fundamentales vulnerados, siempre y cuando, se invoque como medio transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, o se constate que el medio de control preferente carece de idoneidad o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata, situación que no se evidencia en el presente caso.

De otra parte, arguyó el incumpliendo del requisito de inmediatez por cuanto la pretensión de la accionante se circunscribe a la aplicación del criterio unificado “*uso de listas elegibles para empleos equivalentes*”, del 22 de septiembre de 2020, el cual fue emitido hace más de 2 años, tiempo en el cual bien pudo acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a fin de garantizar sus derechos o demandar el acto administrativo que la excluyó de la lista de elegibles fechado 16 de julio de 2019.

3. En el escrito de impugnación MORENO SUAREZ manifiesta que la decisión del a quo no tuvo en cuenta la abundante jurisprudencia de las altas Cortes respecto de la procedencia de la acción constitucional en relación con los concursos de méritos, las cuales cito in extenso.

A su vez afirma que *el fallo en contra mía No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni a los derechos invocados, esto teniendo en cuenta que las consideraciones del JUZGADO OCTAVO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C., fueron enfocadas a que no se me estaban vulnerando mis derechos fundamentales, indicando entre otras cosas, que la accionante no puede pretender que por vía de tutela se amparen circunstancias producto de su negligencia, pues conocedora del mencionado criterio unificado del año 2020, tuvo la oportunidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a fin de que se garantizaran sus derechos, es decir, ¿el derecho de petición, elevar solicitudes e inclusive la acción de tutela, se convirtieron en un paso más dentro del concurso de méritos?, máxime cuando se demuestra que los cargos existen y el SENA los está ocultando y no debe dejar vencer las listas de elegibles, sino es un deber legal hacer uso de las mismas. ¿Por qué el concursante debe elevar peticiones a las entidades para que se haga el USO de lista de Elegibles?.*

Insiste entonces en la vulneración a sus derechos fundamentales. En consecuencia, solicita su protección ante el Tribunal.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Según el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, ningún reparo suscita la competencia de esta Sala, porque al tenor de los artículos 34, numeral 1, de la Ley 906 de 2004, tiene la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Lo anterior, no sin precisar que ese ámbito, atendida la naturaleza de la decisión que será proferida, se ejerce por el Despacho sustanciador del asunto, no en la Sala de Decisión. Ello, con soporte en las previsiones contenidas en el artículo 35, inciso 1o, de la Ley 1564 de 2012.

2. De la debida integración del contradictorio.

La jurisprudencia tiene precisado en forma pacífica y reiterada, a partir de las previsiones contenidas en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que al trámite del amparo constitucional debe vincularse a la autoridad pública o al particular al que se le atribuye en la demanda la violación o amenaza para los derechos fundamentales.

Así mismo, a todos los que tengan un interés legítimo en la decisión respectiva, o puedan ser afectados por ella, en fin, que tengan la condición de eventuales destinatarios de las órdenes que deban impartirse para la efectiva protección de aquellos. Lo anterior, por cuanto sólo de este modo resulta viable satisfacer el principio de efectividad de los derechos fundamentales, como también, garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de quienes resultarían comprometidos por razón del pronunciamiento.

En este orden de ideas, de acuerdo con el criterio acuñado por la Corte Constitucional, al juez de tutela le compete, entonces, la debida y completa integración del legítimo contradictorio. En lo específico, en aquellos casos en los cuales *“según el análisis de los hechos y de la relación entre las funciones que se cumplen o las actividades que se desarrollan y la invocada vulneración o amenaza de derechos fundamentales (nexo causal) encuentre que la demanda ha debido dirigirse contra varias entidades, autoridades o personas, alguna o algunas de las cuales no fueron demandadas”*¹. Esto último, desde luego, sin perder de vista que *“en muchas ocasiones el particular que impetra la acción ignora o no sabe identificar a las autoridades que considera han violado o amenazado sus derechos fundamentales”*².

Por tal motivo, la Corporación antes citada tiene esclarecido que la convocatoria de la parte que por legitimación pasiva debe concurrir al proceso constituye presupuesto indefectible *“para una decisión de fondo y*

¹ En este sentido, el auto 055 de 1997; criterio reiterado en autos 025 de 2002 y 011 de 2002, entre otros.

² Auto 055 de 1997, citado ut – supra.

responder así a la protección eficaz de los derechos fundamentales”³. Ello, a tal punto, incluso, que echada de menos, se configura una causal de nulidad; situación, que anticipa el Tribunal, se estructuró en el presente asunto.

En efecto, en el caso examinado los hechos que propiciaron esta acción pública y con cimiento en los cuales se afirma la violación de los derechos a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos, mérito y los principios de legítima confianza, buena fe seguridad jurídica, se vinculan al hecho de haber participado en la Convocatoria 436 de 2017, para el cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, ocupar el 12 lugar y solicitar dentro de los términos de vigencia de su lista de elegibles al SENA y a la CNSC el nombramiento en el cargo para el que concursó o en uno que tenga equivalencia, omitiendo cumplir con su deber legal de hacer uso de la lista de elegibles.

Ahora bien, el Tribunal advierte que de las pruebas allegadas al trámite constitucional, emerge, primero, que en tratándose de un concurso de méritos se obvió vincular al trámite constitucional a los demás participantes que se inscribieron para el cargo denominado INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, pues pese a que obra auto de fecha 30 de diciembre de 2022 a través del cual se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC proceda a realizar la publicación del presente trámite en el aplicativo virtual correspondiente a la convocatoria cuestionada, es lo cierto que, no obra en el plenario prueba alguna que ello se hubiese realizado y menos aún por parte del Juez de primer grado se verificara el cumplimiento de dicha orden; así mismo, discierne este Magistrado que en uso de sus facultades legales y constitucionales el Juez a quo, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de los terceros con interés, debió haber ordenado la publicación en la página web de la Rama Judicial de la presente acción constitucional a fin de hacer pública la actuación y así garantizar que las personas con interés se manifestaran al respecto.

³ Ver entre otros, el auto 107 de 2002

En ese orden, la Sala observa que en las presentes diligencias únicamente fueron vinculados SENA y a la CNSC, soslayando entonces la integración del contradictorio de las personas naturales, determinadas e indeterminadas anteriormente anotadas, y cuya vinculación se tornaba imperativa dado que el fallo de tutela podría llegar a tener efectos sobre aquellos, esto es, incurriendo en una omisión contraria a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

Así, con fundamento además en los artículos 61 y 133 de la Ley 1564 de 2012, aplicables en este trámite por virtud de la remisión efectuada en al artículo 3o del Decreto 306 de 1992, la Sala decretará la nulidad de lo actuado, inclusive, a partir del auto de fecha del 30 de diciembre de 2022 proferido por el Juzgado 8 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, por el cual se avocó el conocimiento de la tutela impetrada por *FLOR MARINA MORENO SUAREZ* en contra del SENA y a la CNSC. Lo anterior, sin que se afecte la validez y eficacia de las pruebas practicadas en el presente trámite tutelar.

Por tanto, el juez de primera instancia, a través del SENA y la CNSC, además de vincular a las personas anteriormente referidas, deberá integrar al contradictorio, por el medio más expedito, si es posible por publicación en sus páginas de internet y mediante comunicación enviada a los correos respectivos, por intermedio de las demandadas, vinculará a los terceros que optaron por la vacante al cargo referido en el marco de la convocatoria 436 de 2017, puntualmente sobre el cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1- OPEC: 59484.

Asimismo, realizar la publicación en la página web de la Rama Judicial de la presente acción constitucional, a fin de dar publicidad a la misma, para que quienes tengan un interés legítimo o se puedan ver afectados con la decisión a emitir puedan ejercer el derecho de defensa y contradicción.

De lo anterior, deberá consignarse la acreditación respectiva en la foliatura del expediente.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Despacho de la Sala de Decisión de Tutela,

RESUELVE

DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha del 30 de diciembre de 2022, proferido por el Juzgado 8 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, sin que se afecten las respuestas obtenidas en este trámite.

En consecuencia, **ORDENAR** que en la reposición del trámite invalidado se subsanen las irregularidades precisadas en las motivaciones que anteceden, para lo cual deberá:

(i) Vincular por intermedio del SENA y la CNSC, por el medio más expedito, si es posible por publicación en sus páginas de internet y mediante comunicación enviada a los correos respectivos a los terceros que optaron por la vacante al cargo referido en el marco de la convocatoria 436 de 2017, puntualmente sobre el cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1 – OPEC: 59484.

(ii) Asimismo, realizar la publicación en la página web de la Rama Judicial de la presente acción constitucional, a fin de dar publicidad a la misma, para que quienes tengan un interés legítimo o se puedan ver afectados con la decisión a emitir puedan ejercer el derecho de defensa y contradicción.

(iii) De lo anterior, deberá consignarse la acreditación respectiva en la foliatura del expediente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase en forma oportuna al Juzgado de origen y cúmplase.


JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE
Magistrado