

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680013109006520220002001 (22-194)
Accionante:	Omaira Ibarra Vargas
Accionado:	Comisión Nacional del Servicio Civil y otro
Registro proyecto:	22/04/2022
Aprobación:	Acta No. 345
Decisión:	Confirma
Fecha:	Bucaramanga, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022).

I. OBJETO DE DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación formulada por la tercero con interés legítimo Angelina González Franco, Comisión Nacional del Servicio Civil y Gobernación de Santander contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, por medio de la cual el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga resolvió conceder la acción de tutela promovida por la señora Omaira Ibarra Vargas contra el ente territorial y autoridad pública enunciadas, y los vinculados Fundación Universitaria del área Andina por la presunta violación de los derechos fundamentales de petición. Igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a la carrera administrativa.

II. ANTECEDENTES

2.1. De la demanda de tutela

En síntesis, anota la señora Omaira Ibarra Vargas que participó en la convocatoria publicada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 150 empleos con 573 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Gobernación de Santander, Proceso de Selección No. 505 de 2017 – Santander, y llegó a integrar con el puesto N° 2, la lista de elegibles conformada mediante Resolución 4696 de 2020 para el empleo denominado “técnico operativo, código 314, grado 7, OPEC 22274 de la Secretaría de Educación”, con un puntaje de 82.44; y alude a las peticiones que ha formulado para lograr ocupar una de las vacantes ofertadas y surgidas con posterioridad al concurso, y a las respuestas recibidas.

De igual modo hace mención al fallo de tutela proferido en segunda instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga con ocasión de la acción instaurada por la señora Lina Marina Hernández Murillo, y anota que el 17 de noviembre de 2021 requirió a la Gobernación la vacante definitiva de “técnico operativo, código 314, grado 7, OPEC 161635 de la Secretaría de Educación, reiterada el 12 de febrero de 2022 por medio

de proceso Forest 2038601 al no obtener ninguna respuesta, como también requirió el estudio de equivalencias entre el empleo para el cual concurso y hace parte de la lista de elegibles y el vacante, y sólo se le respondió el 22 de febrero de 2022 por parte de la Dirección Administrativa de Talento Humano que a través de radicado 2022RE003560 se pidió a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC como entidad competente, “verificar si la OPEC 22274 es compatible para dar uso de lista de elegibles conformada mediante Resolución número 4696 de 2020, para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 07 CODIGO OPEC 22274, con la vacante definitiva generada con posterioridad al cierre a la Convocatoria 505 – 2017 denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 07 CODIGO, con Identificador del empleo: 161635 (reportada en SIMO 4.0), como posibles empleos equivalentes”, pero sin que para ese momento hubieran recibido respuesta al respecto. También allí se le comunica sobre el resultado de otro estudio de equivalencia relacionado con la misma vacante definitiva.

Una vez reproduce el estudio comparativo de equivalencias del empleo al que concursó OPEC 22274 y el empleo vacante OPEC 161635, solicitada a la Gobernación, cuya autorización está pendiente por parte de la CNSC, así como la respuesta brindada por la Comisión con ocasión del fallo de tutela con oficio 20221020020631 fechado el 27 de enero de 2022, donde concluye que el empleo reportado por la entidad, identificado con el Código OPEC Nro. 161635 es equivalente en contenido funcional al empleo identificado con el Código OPEC Nro. 22272, y autoriza el uso de la lista conformada con la elegible Angelina González Franco frente al empleo vacante, arguye la tutelante Omaira Ibarra que esa situación vulnera sus garantías fundamentales porque se desconoce la petición que radicó desde el 18 de noviembre de 2021 y que es anterior a la elevada por la Gobernación ante la CNSC el 18 de ese mismo mes, dado que al revisar la lista de elegibles Resolución N° 4694 del 13 de marzo de 2020 para el empleo técnico operativo código 314 grado 7 OPEC 22272 la señora Angelina González Franco ocupa el puesto N° 5 con un puntaje de 72.47 y según la lista de elegibles Resolución No. 4696 del 13 de marzo de 2020 para el empleo Técnico operativo código 314 grado 7 OPEC 22274 ella está ubicado en puesto segundo con un puntaje de 82.44. Adicionalmente, no se tuvieron en cuenta las otras listas de elegibles existentes N° 22271, 22273, 22274, 22275 y 63796 para el estudio de equivalencias para proveer la vacante definitiva con OPEC 161635, pese a que se encuentran vigentes y se crearon para proveer cargos de “técnico operativo, código 314 grado 7”.

Una vez aborda el tema de las equivalencias con sustento normativo, persiste en que la Gobernación desconoce el debido proceso administrativo “solicitado” desde el 17 de noviembre de 2021, al igual que la Comisión Nacional del Servicio Civil por el indebido uso de las listas, tema que también expone con apoyo en normas y

jurisprudencia-, para luego pedir que se amparen los derechos citados y de los demás integrantes de las listas relacionadas en precedencia, y se ordene a la Gobernación de Santander que remita las listas de elegibles de los cargos ofertados de igual denominación, código, grado, asignación salarial, y ubicación geográfica con funciones, propósito y requisitos de experiencia y formación similares, incluidas las listas detalladas en precedencia, para ocupar la vacante definitiva del empleo “técnico operativo, código 314, grado 7, OPEC 16163; e identifique los cargos que cumplen los parámetros de las equivalencias, conforme al contenido del arts. 2 y 8 del Acuerdo 165 de 2020 y el criterio unificado para uso de listas de elegibles calendado 22 de septiembre de 2020, con el fin de que se proceda al estudio de equivalencias por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y autorice el uso de las mismas a fin de proveer las vacantes definitivas que sean equivalentes y que se reporten con posterioridad a la convocatoria 505 de 2017. Y a la Comisión Nacional del Servicio Civil que realice el estudio de equivalencia de todas esas listas; y efectuado dicho estudio aplique en estricto orden de méritos y conforme a los arts. 2 y 8 del Acuerdo 165 de 2020 y el criterio unificado para uso de listas de elegibles de fecha 22 de septiembre de 2020; igualmente proceda a la recomposición de la lista de elegibles y autorice el uso de las mismas a fin de proveer la vacante en comento. Allega abundante prueba documental relativa a las peticiones, respuestas, listas de elegibles, fallos de tutela, y Acuerdo que reglamenta el manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

III. RESPUESTA DE LA PARTE DEMANDADA

En ejercicio del derecho de defensa, los accionados se pronunciaron sobre los hechos denunciados de la siguiente manera:

3. 1. Gobernación de Santander

La señora Directora Administrativa de Talento Humano – Secretaría General hace precisiones sobre la legitimación den la causa, principio de subsidiariedad, concurso de méritos, y el estudio de equivalencias efectuado para la OPEC 22272, y comunica que con relación a la OPEC 22274 para la cual participó la accionante Omaira Ibarra Vargas, la administración departamental el 12 de enero de 2022 solicitó a la CNSC realizar el estudio técnico de equivalencias entre ese empleo y el empleo 161635 reportado en SIMO 4.0 para su posterior autorización para uso de lista de elegibles, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna por parte de la Comisión.

Aclara que se requirió el estudio de equivalencia del empleo OPEC 22272 en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga y posteriormente la CNSC autorizó el uso de las listas de elegibles por tratarse de una vacante equivalente a la ofertada

en la OPEC 22272 para el elegible N° 5 señora Angelina González Franco de la Resolución 4694 de 2020 con OPEC 22272. Así mismo la Gobernación realizó los reportes de 3 vacantes definitivas generadas con posterioridad al concurso de méritos de la OPEC 22270 del empleo técnico operativo, código 314, grado 7 a la CNSC, con la finalidad de realizar los nombramientos en estricto orden de mérito y la Comisión con comunicación del 1 de octubre de 2021 autorizó la apertura de la OPEC 22272 de las 3 vacantes definitivas; el 25 de febrero de 2022 igualmente autorizó el uso de la lista de elegibles para proveer nuevas vacantes en los empleos con OPEC N° 22270 correspondiente a “mismos empleos” en acatamiento al criterio unificado del 16 de enero de 2020, y autorizó el nombramiento de los elegibles que ocuparon la posición 5, 6 y 7 de la resolución N° 5588 de 2020. Para el caso de la OPEC 22274 del empleo al que concursó la accionante no se ha realizado reporte porque no existen más empleos provistos en vacancia definitiva dentro de la planta de la Secretaría de Educación. Razones por las que clama que se declare improcedente la acción. Acompaña oficio de fecha 11 de enero de 2022 que corresponde a la solicitud que hace la Dirección Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander, de revisión de equivalencia entre los empleos OPEC 22274 con el identificado 161635, en atención a la petición formulada por la señora Omaira Ibarra Vargas; del oficio calendado 25 de febrero de 2022 por medio del cual se autoriza el uso de la lista de elegibles para algunos empleos entre ellos el identificado con OPEC 22270 para proveer tres vacantes del empleo técnico operativo 314 grado 7 OPEC 22270.

De la misma manera esclareció que el acto de nombramiento en periodo de prueba de la señora Angelina González Franco ya fue proyectado y a la fecha -10 de marzo de 2022- se halla en el despacho del señor Gobernador para la firma y la correspondiente numeración, por ello, una vez sea firmado se procederá con el trámite de comunicación a la elegible indicando el término con el que cuenta para que manifieste su aceptación o rechazo.

3. 2. Terceros con Interés legítimo Liliana Dayana Torres Pinto y Angelina González Franco

La primera de las interesadas en cita esgrime la legitimación en la causa porque ocupa el tercer puesto de la lista de elegibles de la Resolución 4696 de 2020 que igualmente integra la tutelante, y expone –en resumen- que el accionado Gobernación de Santander desconoce el Acuerdo 165 de 2020 –que reglamenta el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles- y la Ley 1960 de 2019, lo que explica en similares términos a los plasmados en la demanda de tutela. Apunta que el recomponer la lista de elegibles por el surgimiento de nuevas vacantes a ella le asiste una legítima expectativa para acceder a un cargo en carrera administrativa

por ocupar el tercer puesto en la lista de elegibles; pero para ello la Gobernación de Santander debe reportar las novedades que se presenten sobre vacantes definitivas, en procura de que la CNSC realice la actualización de las listas de elegibles, sin que haya procedido de esa forma dado que no se han unificado las listas en detrimento de los derechos fundamentales que cita la tutelante, también conculcados en su caso.

La segunda de las mencionadas, se opone a las pretensiones de la demanda y para ello argumenta que quedó en la lista de elegibles para proveer uno de los cargos descritos como técnicos operativos grado 7 OPEC.22272 del proceso de selección 505 de 2017, en las que ocupa el 5° lugar y está a la espera de la posibilidad de posesionarme en alguna de las vacantes que puedan surgir eventualmente. Resalta que ante peticiones que formuló a la Gobernación de Santander, el 7 de diciembre de 2021 conoció de la existencia de 5 vacantes definitivas de empleos denominados técnicos operativos, código 314, grado 7, ya reportadas a la CNSC y se hallaban a la espera de la autorización del uso de la lista de elegibles. Hace mención del fallo de tutela de segunda instancia emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, y dice que la Gobernación de Santander mediante el radicado Nro. 2021RE004649 del 18 de noviembre de 2021 informó sobre el reporte de una vacante definitiva en el empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 7, existente en la planta global de la Entidad, la cual cumple con las características de equivalencia respecto del empleo identificado con el Código OPEC Nro. 22272, estudio que fue realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual el 27 de enero de 2022, autorizó el uso de la lista de elegibles para proveer el mismo empleo OPEC 161635. Lo dicho indica que la CNSC ha cumplido lo ordenado por el juzgado en comento, pues hizo el estudio de equivalencias y expidió la autorización de uso, con el elegible que seguía en orden de mérito, no otra que ella. Tampoco es cierto que la única vacante que se tuvo en cuenta fue la OPEC 22272, dado que la CNSC hizo un estudio acucioso utilizando todas las OPEC vigentes para realizar el estudio de homologación incluso la OPEC 22270, referenciada por accionante, por tanto, las OPEC que no fueron incluidas, no son cargos idénticos a las precitadas OPEC.

Culmina su intervención al expresar que las garantías expuestas por Omaira Ibarra la aquí accionante, son el sustento de su nombramiento en periodo de prueba, lo que conlleva que la acción de tutela tenga como pretensión, dejar sin efectos una sentencia de tutela sin que medie un fraude. Reclama que se declare improcedente la acción.

3. 3. Comisión Nacional del Servicio Civil y Fundación Universitaria del Área Andina

Aunque fueron notificadas de la acción constitucional no se pronunciaron respecto de los hechos objeto de denuncia.

IV. FALLO IMPUGNADO

Definido que se reúnen los requisitos de procedibilidad de la acción correspondientes a la legitimación, inmediatez y subsidiariedad, con apoyo en premisas de orden fáctico y jurisprudencial relacionada con la viabilidad de la acción en materia de concurso de méritos, derechos al debido proceso y lista de elegibles, resolvió la A quo conceder la protección rogada, al concluir que no se ha efectuado el análisis de todas las OPEC que pueden ser equivalentes para el cargo “técnico operativo, código 314, grado 7”, con el fin de proveer una vacante definitiva existente con número de identificación 161635, en el marco de la Convocatoria 505 de 2017, al no existir respuesta de parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil con relación a la solicitud elevada por el ente territorial para evaluar la OPEC 22274; la accionante y los concursantes de dicha lista, así como las demás que refulgen similares, desconocen las posibilidades que puedan existir para acceder a la vacante definitiva existente o aquellas que se lleguen a presentar, atendiendo a los méritos y al orden que pueden ocupar en la lista, pese a que se configure para ellos una mera expectativa. No se ha ofrecido una respuesta de fondo a la petición elevada por la accionante desde el mes de noviembre de 2021. Ordenó entonces, realizar el estudio técnico de equivalencias para las OPEC 22271, 22273, 22274, 22275; 22270 y 63796 para el cargo ya citado OPEC 161635; ocurrido esto, conformar la lista de elegibles para el empleo OPEC 1616635, y remitir la autorización de la lista que se expida; y de asistirle el derecho preferencial de ser nombrada la tutelante suspender el efecto de la prescripción de las listas.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Decisión precedente que fue objeto de impugnación por parte del tercero con interés legítimo Angelina González Franco y los accionados Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil, siendo únicamente sustentado por ésta última parte procesal, en el siguiente sentido:

Discurre en torno a la improcedencia de la acción para cuestionar actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, como los que, dice, cuestiona la accionante; aplicación de la Ley 1960 de 2019 a partir de los conceptos de “mismo empleo y empleo equivalente”; uso de la lista de elegibles para proveer empleos equivalentes, y concreta que está probado que la señora Omaira Ibarra Vargas ocupó la posición dos (2) en la lista de legibles conformada mediante Resolución N°4696 del 13 de marzo de 2020, al no alcanzar el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles, de conformidad con el

número de vacantes ofertadas (1), “el mismo no ostenta la calidad de elegible”. Ruega que se revoque el fallo por tales razonamientos.

Ya en el trámite del recurso, comunicó que acató la orden judicial, toda vez que a través de la Dirección de Administración de Carrera Administrativa procedió a realizar el estudio técnico de equivalencias para los empleos identificados con los códigos OPEC N° 22270, 22271, 22273, 22274, 22275 y 63796 para el cargo “técnico operativo, código 314, grado 7” con respecto al identificado con OPEC N° 161635, reportado como vacante definitiva por la Gobernación de Santander. A través del cual se concluyó que los empleos objeto de comparación no son equivalentes en cuanto al contenido funcional, es decir, que las competencias funcionales específicas laborales a la luz del referente laboral son diferentes. Por tanto, no se cuenta con empleos equivalentes con los cuales consolidar una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Problema planteado

Se extrae que la acción se instauró en amparo de los derechos fundamentales de petición, debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a la carrera administrativa, porque los accionados no se pronunciaron de fondo respecto de la petición de estudio de equivalencia del empleo “técnico operativo, código 314, grado 7 OPEC 22274”, para el cual concursó la señora Omaira Ibarra Vargas, con el empleo de la misma denominación OPEC 161635 vacante en forma definitiva, radicada desde el 17 de noviembre de 2021; como tampoco sometieron al mismo estudio las listas de elegibles existentes para el empleo enunciado con identificación OPEC diferente, como los N° 22271, 22273, 22274, 22275 y 63796, para con base en ello proveer el empleo vacante.

6. 2. De la carrera administrativa

Como se sabe a partir de la Constitución Nacional de 1991 se consagra la denominada carrera administrativa (art. 125) en virtud de la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, caso en el cual los funcionarios y empleados serán nombrados por concurso público, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Y fue instituido por los siguientes fines:

- “asegurar el camino más expedito a la consecución de los objetivos esenciales del Estado (artículo 2° superior) por medio de la selección de las

personas más calificadas a la hora de elegir los servidores públicos que han de ofrecer sus servicios a los órganos y entidades del Estado”.

- “Permite el acceso a dichos cargos en igualdad de condiciones y oportunidades (Arts. 40 numeral 7, 99 C.P.)”.

Más específicamente se ha sostenido al respecto por la H. Corte Constitucional:

“La consagración constitucional del sistema de carrera como principal forma de acceso al empleo público es reflejo de la necesidad de contar con servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación les permitan atender eficazmente las responsabilidades que les han sido confiadas, ya que para el Constituyente de 1991 resulta claro que el “desarrollo económico y social de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de su burocracia.”

Es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos la Comisión Nacional del Servicio Civil (art. 130 Constitución Nacional), excepto de las carreras especiales.

Por lo anterior, se instituyó la Ley 909 de 2004 modificada en algunos aspectos por la Ley 1960 de 2019, la que tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública, la cual es aplicable a los servidores públicos allí relacionados.

Señala dicha ley que, son funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entre otras, las de establecer los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa; elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera; conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente.

6. 3. Del derecho de petición

El artículo 23 de la Constitución Nacional señala:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

Norma a partir de la cual la jurisprudencia Constitucional ha definido que dicho derecho está conformado por cuatro elementos, a saber:

- i) la posibilidad de presentar de manera respetuosa solicitudes ante las autoridades, “sin que estas se nieguen a recibirlas o tramitarlas”;
- ii) la potestad de obtener una respuesta pronta y oportuna dentro del término legal;
- iii) el derecho a que sea resuelta de fondo, de forma clara, precisa y adecuada; y,
- iv) el derecho a que la respuesta sea puesta en conocimiento del interesado oficiosamente².

En cuanto al término para resolver, cuando se trata de trámites complejos y existe ley especial que fija un determinado término para resolver, debe aplicarse éste y no el establecido en forma general en la Ley 1755 de 2015 (15 días).

Actualmente esa norma especial corresponde al art. 5 del Decreto 491 de 2020 (Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica) que amplió los términos señalados en el art. 14 de la Ley 1431 de 2011 -modificado por el art. 1 de la ley 175 de 2015-, para la resolución de peticiones mientras subsista la emergencia sanitaria, cuyo tenor literal es el que se reproduce a continuación:

“Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

“Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

“(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

6. 4. Del debido proceso administrativo

Consagra el art. 29 de la Constitución Nacional el derecho fundamental al debido proceso, según el cual “se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”.

La jurisprudencia constitucional tiene establecido que dicha garantía como principio inherente al Estado de Derecho “posee una estructura compleja y se compone por un plexo de garantías que operan como defensa de la autonomía y libertad del ciudadano, límites al ejercicio del poder público y barrera de contención

² Sentencias T-173 de 2013, T-2016 de 2018

a la arbitrariedad”³ y en esa medida impone a las autoridades judiciales y administrativas el deber de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción⁴.

Y sobre el debido proceso administrativo como “(...) la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley”⁵.

En ese contexto, el debido proceso administrativo se ha precisado que es una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión⁶.

Frente a este particular, en Sentencia C-980 de 2010 la H. Corte Constitucional definió dicho derecho como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

6. 5. Del caso concreto

Tal y como se enunció en precedencia, la señora Omaira Ibarra Vargas participó en el concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer definitivamente 150 empleos, con 573 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Gobernación de Santander, proceso de Selección No. 505 de 2017 – Santander, para el empleo “Técnico Operativo, Código 314, Grado 7, identificado con el Código OPEC No. 22274”. Superadas las etapas o fases del proceso concursal, por medio de resolución ° 4696 del 13 de marzo de 2020, la Comisión mencionada resolvió conformar y adoptar la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo referenciado, dentro de la cual la señora Ibarra Vargas se ubicó en el puesto número 2 con un puntaje de 82. 44. Y de acuerdo con dicha lista la Gobernación de Santander, emitió el acto administrativo

3 Sentencia C-035 de 2014.

4 Sentencia T-581 de 2004.

5 T-982 de 2004

6 C-1189 de 2005.

de nombramiento en período de prueba del elegible que ocupó el primero puesto William Deyves Guevara Silva, en el empleo vacante denominado “técnico operativo, nivel técnico, código 31, grado 07 de la planta de administrativos de la Secretaría de Educación con cargo a la SGP del ente territorial departamental.

Por medio de escrito que se radicó el 17 de noviembre de 2021 ante la Gobernación de Santander, la señora Omaira Ibarra Vargas, pidió a la Directora Administrativa de Talento Humano, “la vacante definitiva Técnico Operativo Código 314 grado 7 de la Secretaría de Educación” dejada por la funcionaria Ludy Pimentel Salgar. Al no obtener ninguna respuesta, con memorial presentado el 12 de febrero de 2022 ante la Gobernación de Santander, la interesada requiere información sobre el trámite cumplido frente a su reclamación.

Por lo antecedente, con oficio del 15 de febrero de 2022 dirigido a la peticionaria, la señora Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander, informa frente a la exigencia de comunicación de los trámites adelantados en virtud de la demanda de revisión de equivalencia entre los empleos OPEC 22274 denominado “técnico Operativo, Código 314, Grado 07 de la Convocatoria 505 de 2017 y el Identificador del empleo: 161635 (reportada en SIMO 4.0)”, que con radicado 2022RE003560 (adjunto) se exhortó a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC como entidad competente, verificar “si la OPEC 22274 es compatible para dar uso de lista de elegibles conformada mediante Resolución número 4696 de 2020, para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 07 código OPEC 22274, con la vacante definitiva generada con posterioridad al cierre a la Convocatoria 505 – 2017 denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 07 con código 161635 (reportada en SIMO 4.0), como posibles empleos equivalentes”, pero sin que hubieran recibido una respuesta. Igualmente se plasmó el resultado de otro estudio técnico, en el sentido de que la Comisión determinó que el empleo reportado por la Gobernación de Santander, identificado con el Código OPEC Nro. 161635 es equivalente en contenido funcional al empleo identificado con el Código OPEC Nro. 22272, y autorizó el uso de la lista de elegibles en estricto orden de mérito. Además, se indica que el empleo: 161635 (reportada en SIMO 4.0), es la única vacante definitiva generada con posterioridad al cierre de la convocatoria 505 de 2017.

Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Lina Milena Hernández Murillo, radicada con el N° 68001-40-88-010-2021-00126-00, en segunda instancia, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga por medio de sentencia del 12 de noviembre de 2021 resolvió revocar el fallo de primera instancia, y conceder el amparo, a la vez ordenó a la Gobernación de Santander, reportar las novedades sobre provisión y uso de listas a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 165 de 2020; a ésta última parte verificar si la OPEC 22272 es compatible con alguna de

las declaradas vacantes definitivas por la Gobernación de Santander, y una vez establecido si son equivalentes en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, de ser viable, proceder a realizar la autorización de uso de lista de elegibles. Y materializado lo anterior, conformar las listas de elegibles para los “mismos empleos” con las características establecidas en el criterio unificado y que se encuentren vigentes, en estricto orden de méritos, y remitirla a la Gobernación de Santander para que proceda con los nombramientos en período de prueba.

En obediencia a dicha orden judicial, la Comisión Nacional llevó a cabo el estudio técnico correspondiente, y arribó a la conclusión de que el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 161635 es equivalente en contenido funcional al empleo identificado con el Código OPEC Nro. 22272, toda vez que su propósito y competencias funcionales son similares a la luz del referente laboral. Al mismo tiempo autorizó el uso de la lista de elegibles en estricto orden de mérito, conformada para el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 22272 para proveer una (1) nueva vacante en el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 161635, denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 7, con la elegible Angelina González Franco.

Ante la falta de respuesta frente a la solicitud de estudio de equivalencia de empleos formulada por la señora Omaira Ibarra Vargas y la cercanía de perder vigencia la lista de elegibles que integra, ésta decide instaurar la presente acción con miras a que ordene la suspensión del nombramiento de la señora Angelina González Franco, hasta tanto la Gobernación de Santander informe sobre la lista de elegibles existentes para el mismo empleo con código OPEC 22271, 22273, 22274, 22275 y 63796, con el fin de que la Comisión Nacional del Servicio Civil realice el estudio técnico de equivalencias en respeto al derecho de conformar la lista de elegibles y posible opción de ocupar el cargo ofertado en la vacante definitiva; y a partir de éste se reconformen las listas de elegibles y se autorice su uso.

6. 6. Resolución del problema planteado

Con sustento en lo reseñado, para la Sala la decisión de primera instancia resulta acertada, y merece ser confirmada, ante la evidente vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se implora, puesto que efectivamente los accionados Comisión Nacional del Servicio Civil y Gobernación de Santander no resolvieron de fondo la petición de estudio de equivalencias elevada por la accionante, y se apartaron de las disposiciones aplicables a la lista de elegibles.

En punto de los presupuestos de procedibilidad de la acción, relevante es señalar que en efecto estos se satisfacen a plenitud.

Respecto de la legitimación en la causa e inmediatez, salta a la vista que la acción se dirige contra autoridades públicas que tienen estrecha relación con la convocatoria al concurso en el que participó la tutelante que terminó con la emisión de lista de elegibles, puesto que las vacantes ofertadas y creadas con posterioridad al concurso hacen parte de los empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Santander, y la Comisión, conforme se anotó al inicio, es la encargada de administrar las carreras administrativas y adelantar los concursos para proveer dichos cargos. Además, se acude a la vía constitucional en un tiempo razonable en vista de que se hace uso de la misma a escasos días de la formulación de las peticiones de estudio de equivalencia de empleos para proveer por lista de elegibles una vacante definitiva.

También acontece lo mismo frente a la subsidiariedad, toda vez que, si bien obran otras vías de defensa, estas no son lo suficientemente idóneas para amparar los derechos que se creen quebrantados, contrariamente a lo argumentado por el impugnante Comisión Nacional del Servicio Civil.

Preceptúan los arts. 86 de la Constitución Nacional y 6 del Decreto 2591 de 1991 que la acción de tutela únicamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Significa entonces que la acción constitucional fue instituida para que toda persona que considere violados sus derechos fundamentales acuda a ésta con el fin de obtener su protección, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial igualmente idóneo y eficaz, a menos que se esté en presencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en materia de concursos, se ha establecido que por regla general, no procede la tutela contra los actos administrativos que se expidan en su desarrollo o actuaciones de las autoridades que intervienen en su ejecución, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa que ofrece la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como podrían ser los medios de control de legalidad – nulidad o nulidad y restablecimiento de derechos- a partir de los cuales se puede a la vez invocar la adopción de medidas cautelares, entre las cuales se halla la suspensión provisional del acto que se tacha de irregular.

Pero también es verdad, al examinar el asunto de trato, que esos otros medios no son eficaces en la medida que el acuerdo de convocatoria a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación no fijó la posibilidad de interponer reclamaciones frente a la inconformidad con el uso de la

lista de elegibles. No existe en el caso examinado un acto administrativo que pueda ser objeto de tales medios de control, dado que, para cuando se definió usar la vía constitucional, la solicitud de estudio técnico de equivalencia de empleos, no estaba aún resuelta; y se tiene dicho también por la jurisprudencia que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos, aun existiendo listas de elegibles cuando sea posible su modificación por incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. Luego, ante tales circunstancias, no existe limitante para abordar el estudio del asunto denunciado.

Ya de cara al asunto planteado, para la Sala tal como se puntualizó se observa el quebrantamiento de garantías fundamentales, lo que hace posible la salvaguarda requerida.

Se comprobó que la señora Ibarra Vargas con el fin de acceder a la única vacante reportada con posterioridad al concurso, radicó una petición específica, esto es, que se llevara a cabo un estudio de equivalencia entre el empleo para el cual ella concursó, con el empleo que quedó vacante en forma definitiva, dada su similitud. Igualmente, que hizo tal cosa, el 17 de noviembre de 2021 ante la Gobernación de Santander, luego remitida a la Comisión Nacional del Servicio Civil, y aunque la reiteró para el mes de febrero de 2022, de todas maneras, no obtuvo ninguna decisión o respuesta de fondo.

Actuar que obviamente se opone a la garantía fundamental del derecho de petición, porque no se brindó una solución al tema expuesto, pues se ha establecido por la jurisprudencia, que toda petición, independientemente de su modalidad, (i) Petición de interés general; (ii) Petición de interés particular; (iii) Solicitud de información o documentación; (iv) Cumplimiento de un deber constitucional o legal; (v) Garantía o reconocimiento de un derecho; (vi) Consulta; (vii) Queja; (viii) Denuncia; (ix) Reclamo y (x) Recurso-; y del sentido de la respuesta, merece ser atendida y resuelta en el menor tiempo posible sin exceder el término fijado en la ley, como quiera que el asunto que se pone en conocimiento no puede quedar en el plano de la indefinición.

Aquí si bien se recepcionó la solicitud ninguna atención mereció, como tampoco una respuesta de fondo, presupuesto respecto del cual la H. Corte Constitucional ha indicado:

“9.2. El segundo elemento implica que las autoridades públicas y los particulares, en los casos definidos por la ley, tienen el deber de resolver de fondo las peticiones interpuestas, es decir que les es exigible una respuesta que aborde de manera clara, precisa y congruente cada una de ellas; en otras palabras, implica resolver materialmente la petición. La jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo deber ser: “(i)

clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente” ^[28]. En esa dirección, este Tribunal ha sostenido “que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva”⁷.

Ahora bien, consagra el art. 29 de la Constitución Nacional el derecho fundamental al debido proceso, según el cual “se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”. Y sobre el debido proceso administrativo se reconoce como “(...) la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley”⁸.

En ese contexto, el debido proceso administrativo se ha precisado que es una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión⁹.

Garantía que también fue desconocida en el caso examinado, toda vez en virtud del art. 12 de la Ley 909 de 2004, compete a la Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia de la aplicación de las normas sobre la carrera administrativa, tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en dicha ley, dado que -pese a mediar una petición en ese sentido y obrar el reporte de una vacante nueva- no hizo el estudio técnico de equivalencia que le corresponde para poder cubrir las vacantes definitivas no convocadas, y en esa forma preservar el postulado fundamental del mérito contenido en el art. 125 de la Constitución Nacional y que le asiste a todos aquellos que hacen parte de una lista de elegibles, pues, definida la equivalencia funcional de los empleos se podrá usar las listas

⁷ Sentencias t-376 de 2017 Y T206 de 2018

⁸ T-982 de 2004

⁹ C-1189 de 2005,

mientras estén vigentes, para proveer aquellos empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos¹⁰.

Proceder que a su vez se aparta de las directrices fijadas en el Acuerdo N° 0165 de 2020, y Criterio unificado del 22 de septiembre de 2020, en punto del uso de la lista de elegibles para empleos equivalentes cuando no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, ya que allí se contempla que para analizar si un empleo es equivalente a otro, se debe hacer una serie de verificaciones, revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer e identificar qué empleos de las listas de elegibles poseen los mismos o similares requisitos de estudios del empleo a proveer. Y nada de eso se produjo, de ahí que la tutelante se hubiera visto compelida a emplear la acción de tutela para lograr un pronunciamiento así no fuera favorable a sus intereses y, por consiguiente, el restablecimiento de sus derechos.

De otro lado, se evadió que con la integración del registro de elegibles se reconoce el derecho legítimo de acceder a los cargos públicos, dado que los mismos ofrecen la seguridad de poder acceder al cargo al que se concursó o uno equivalente, eso sí, a partir del puesto ocupado y las vacantes existentes, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia, en el siguiente sentido:

“La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”¹¹.

Luego, ante la evidente conculcación de los derechos invocados, debía la *A quo* otorgar el amparo pues la situación que fue puesta de presente tanto a la Gobernación de Santander como a la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se definió en su momento.

De suerte que, por encontrar ajustada a derecho la determinación adoptada, el fallo objeto de censura se confirmará.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

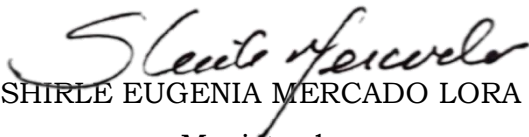
RESUELVE

¹⁰ 15 sentencia de 26 de julio de 2018, el expediente 2015-1101 (4970-2015), Sección Segunda
¹¹ SU-446 de 2011

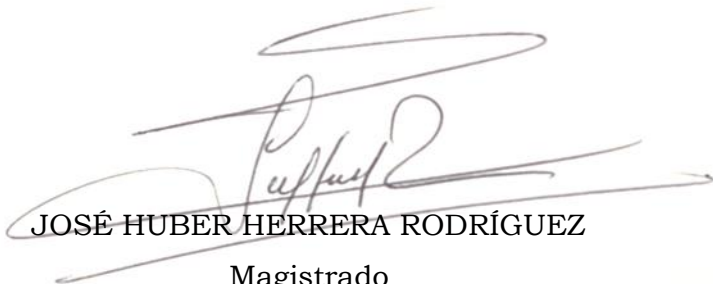
Primero. Confirmar el fallo de fecha y procedencia anotadas, mediante el cual se concedió la Acción de tutela instaurada por la señora Omaira Ibarra Vargas contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Gobernación de Santander, y otros.

Segundo. Remitir las diligencias pertinentes a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero. Notifíquese de conformidad con lo preceptuado por el Art. 30 del decreto 2591 de 1991 y cúmplase.


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada


GUILLERMO ANGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado


JOSÉ HUBER HERRERA RODRÍGUEZ
Magistrado