

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA PENAL

Magistrado Ponente : John Jairo Ortiz Álzate.
Referencia : 110013109038202100003 01 [T-259-21].
Accionante : Damary Sánchez Lozano
Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil,
Servicio Nacional de Aprendizaje
Decisión : Declara Nulidad

Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

El Tribunal procedería a resolver la impugnación interpuesta contra el fallo del 26 de enero de 2021, por medio del cual el Juzgado 38 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, negó la tutela promovida por DAMARY SANCHEZ LOZANO, en protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos, mérito y los principios de legítima confianza y buena fe; 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

Fueron condensados por el Juez de primera instancia así:

“Manifiesta la actora que superó todas las etapas del Concurso Público Convocatoria 436 de 2017 adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil ocupando el tercer lugar para la Oferta Pública de Empleos No. 60732, cargo Profesional - Grado 3 para el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, con derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados, a partir de los cuales debieron proveerse los cargos en el mismo empleo,

equivalentes o de inferior jerarquía, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019. Teniendo en cuenta que la CNSC declaró desiertos varios cargos con la denominación Profesional - Grado 3 que revisten una similitud funcional con el cargo al que se postuló en la convocatoria 436 de 2017, las accionadas debieron continuar con el debido proceso haciendo uso de lista de elegibles.

El 17 de junio de 2020, el SENA expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones profesional, instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, dentro de las cuales 4 cargos de Profesional - Grado 3, en el Centro Agropecuario y de Biotecnología El Porvenir de Córdoba, Centro de Desarrollo Agro empresarial de Cundinamarca, Centro de Formación Agroindustrial de Huila y el Centro de Industria y Servicios del Meta, vacantes que presentan similitud funcional con el cargo al cual se presentó en la convocatoria con las cuales se pueda dar aplicación a la citada normatividad.

Visto que la lista de elegibles de la que hace parte perdió vigencia en noviembre de 2020, resulta exigible a la CNSC y al SENA que informen si hay concursantes que no han aceptado el nombramiento, cuantos son y en el evento en que algunos de los concursantes no acepten el nombramiento, continuar posesionando a quienes hacen parte del registro de elegibles en estricto orden de mérito, hasta cubrir todas las vacantes ofertadas en esa convocatoria.

De otra parte, afirma que la CNSC cambió el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020 aprobando el uso de lista de elegibles para empleos equivalentes, sin embargo, en su caso, las accionadas pretenden aplicar y considerarla solamente para el mismo empleo, desconociendo el debido proceso administrativo toda vez que en las respuestas emitidas a los derechos de petición resultan ser formatos, no se tuvo en cuenta ese nuevo criterio reseñado respecto de los empleos equivalentes que no fueron ofertados, a pesar de haberse reportado su existencia y pretenden dejar el uso con los mismos empleos, lo que a su juicio resulta ser inconstitucional porque no respeta el estricto orden de Mérito. Refiere que la información dada por parte del SENA no es fiable, teniendo en cuenta que la planta de personal de la Entidad con la denominación Profesional 3 es mucho más amplia, ya que según unas anteriores repuestas, el total de cargos es de 203 cargos en total y los empleos vacantes son 193 y de estas vacantes solicitó información mediante derecho de petición a las accionadas, pero se negaron a responder.

Luego de hacer referencia a un extenso recuento jurisprudencial de casos que considera similares, en los que se ha concedido la protección constitucional y legal, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas por vía de mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto a la ley 1960 de 2019 y en consecuencia, que se ordene al SENA verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia al cargo de Profesional - Grado 3, los que hayan sido declarados en vacancia definitiva, aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que estaban provistos con personal en carrera administrativa, 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, debiendo adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para solicitar ante la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso de la lista de elegibles.

Así mismo, que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud de la lista de elegibles por parte del SENA, proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a la OPEC 60732 con la denominación Profesional - Grado 3, que hayan sido

declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio, 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 cuales aplique alguna causal de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015.

En cumplimiento de lo anterior, dentro de las 48 horas siguientes, el SENA expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, el cual enviará en el mismo término a la CNSC, que procederá a expedir la autorización de uso de la lista de elegibles en los 3 días siguientes.

Reclama además que se indique a las accionadas, que el estudio de equivalencias que se le realice, se lleve a cabo atendiendo los criterios unificados por la Comisión Nacional de Servicio Civil para “Uso de Listas de Elegibles para Empleos Equivalentes” con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020, entidad que deberá elaborar la lista de elegibles dentro de los 5 días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los 3 días siguientes al SENA para que proceda a su nombramiento dentro de los 5 días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse.

También debe la Comisión ordenar la suspensión de la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se le dé total cumplimiento a este fallo de tutela, el cual debe tener efectos Intercommunis con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de los demás concursantes, quienes también deben ser vinculados al presente tramite.”

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. La demanda correspondió al Juzgado 38 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, despacho que la admitió en auto del 13 de enero de 2021. En esa providencia, se dispuso la vinculación del SERVICIO NACIONAL DE APENDIZAJE (SENA) – COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC).

2. El 26 de enero pasado, el a quo profirió el fallo en el que negó el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos, mérito y los principios de legítima confianza y buena fe de la accionante. Lo anterior, no sin antes discurrir, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela, en específico frente a decisión administrativas al interior de la convocatoria de un concurso público de méritos bajo los derroteros trazados al respecto por la Corte Constitucional.

Expuesto en esos términos el debate, encontró que la firmeza de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120140215 emitida el 17 de octubre de 2018 por la CNSC venció el 29 de noviembre de 2020, es claro que ningún derecho puede reclamar la demandante, como quiera que la pérdida de vigencia del referido acto administrativo ya es una situación consolidada y sus efectos ya no son oponibles por ninguno de los integrantes de la lista para reclamar el nombramiento en las vacantes equivalentes, si eventualmente resultara procedente la aplicación a las disposiciones de la Ley 1960 de 2019, análisis que en las condiciones descritas resulta irrelevante.

Así las cosas, no puede predicarse que la demandante se encuentra en las mismas condiciones de quienes han interpuesto acciones constitucionales y obtuvieron el amparo deprecado, teniendo en cuenta que en esos casos la lista de elegibles estaba vigente y los demandantes ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas o tenían cargos equivalentes para proveer, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos si debían hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las plazas en los términos expuestos en la Ley 1960 de 2019.

No se desprende entonces de la actuación de las accionadas ninguna conducta que transgreda los derechos fundamentales de la quejosa y por tanto, el amparo constitucional invocado por la Sra. Sánchez Lozano resulta improcedente.

3. En el escrito de impugnación *SANCHEZ LOZANO* manifiesta que la decisión del a quo no tuvo en cuenta la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción constitucional en relación con los concursos de méritos, las cuales citó en extenso.

A su vez afirma que el fallador no tuvo en cuenta: *a. Los pronunciamientos de las altas cortes donde se ha dejado en claro de la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, como lo es en este caso. b. La coyuntura actual de la Pandemia, la*

cual ha retrasado los trámites y el proceso del concurso de la convocatoria 436 de 2017 no se ha surtido de la mejor manera. c. El Fallo de Tutela No 25000-23-42-000-2019-00730-01 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.

Asimismo advirió que el fallo atacado *se apartó y no estuvo de acuerdo con el precedente judicial de las mismas, respecto al USO DE LISTA DE ELEGIBLES CON LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS E INCLUSO CON LOS CARGOS NO OFERTADOS en aplicación a la Ley 1960 de 2019 yendo en contravía y, aún más con las políticas públicas del Estado en el Nuevo Plan Nacional de Desarrollo ley 1955 de 2019 Art. 263 -REDUCIR LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO, así como la nueva reforma al sistema de carrera administrativa Ley 1960 del 27 de junio de 2019.*

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

4. Se deja expresa constancia de las irregularidades advertidas en el presente trámite, de una parte, que el fallo fechado 26 de enero de 2021, solo fue notificado a las partes hasta el 13 de septiembre de la presente anualidad; de otra, que la impugnación fue concedida el 27 de septiembre siguiente y remitida con oficio No. 0572 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

5. Con acta de fecha 30 de septiembre de 2021, correspondió a este Despacho, siendo allegada al correo institucional en la misma data a las 9:21 pm.

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 80 de la Ley

600 de 2000 y 34, numeral 6, 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*

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

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 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 igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos, mérito y los principios de legítima confianza y buena fe, se vinculan al hecho de haber participado en la Convocatoria 436 de 2017, para el cargo de Profesional – Grado 3- OPEC:, ocupar el 3 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, *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 consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. 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), 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

² Auto 055 de 1997, citado ut – supra.

³ Ver entre otros, el auto 107 de 2002

de méritos se obvió vincular al trámite constitucional a los demás participantes que se inscribieron para el cargo denominado Profesional – Grado 3- OPEC: 60732, pues ni siquiera en el auto que admite la presente acción constitucional se dio la orden a las accionadas, tal y como fuere solicitado por la accionante, para que procedieran a realizar la publicación del presente trámite en el aplicativo virtual correspondiente a la convocatoria cuestionada; 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.

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 13 de enero de 2021 proferido por el Juzgado 38 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, por el cual se avocó el conocimiento de la tutela impetrada por *DAMARY SANCHEZ LOZANO* en contra del SENA y 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 Profesional – Grado 3 – OPEC: 60732.

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 13 de enero de 2021, proferido por el Juzgado 38 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento 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 web 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 Profesional – Grado 3 – OPEC: 60732.

(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