

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D. C.
SALA DE DECISIÓN DE TUTELA**

Magistrado Ponente: LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS

Radicación	: 110013109042-2020-03462-01
Procedencia	: Secretaría Sala Penal
Accionante	: Kimberly Lorena Pinzón Rodríguez
Accionado	: Comisión Nacional del Servicios Civil y otros
Asunto	: Tutela de segunda instancia
Decisión	: Confirma
Aprobado	: Acta No. 261

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veinte (2020)

I.- ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por la accionante señora **KIMBERLY LORENA PINZÓN RODRÍGUEZ** contra la sentencia de tutela proferida el 06 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarenta y dos Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la ciudad, mediante la cual negó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados.

II.- ANTECEDENTES FÁCTICOS

La Sala acoge la relación de los hechos contenida en la sentencia recurrida así¹:

“La accionante indicó que participó y terminó las etapas del Concurso Público Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, en donde ocupó el 9º lugar de elegibilidad dentro del empleo identificado en oferta pública No. 60101, denominación “Técnico 1”.

Refirió que la CNSC declaró desierto varios cargos en la denominación “técnico 1”, los cuales presentaban similitud funcional al cargo que se encuentra elegible en la convocatoria referenciada.

Aseguró, las accionadas deben continuar con el debido proceso de la lista de elegibles, no obstante, estas han informado en repetidas ocasiones en “respuestas TIPO (plantilla)” que, para el uso de la lista de elegibles, se debe aplicar el criterio unificado del 16 de enero de 2020 que dispone que el uso de la lista de elegibles debe ser a los mismos cargos, decisión que, a su juicio, omite fallos de tutela emitidos por varios juzgados y Tribunales que declararon dicho criterio inconstitucional por ir en contravía de la Ley 1960 de 2019.

Indicó que la CNSC cambió el criterio unificado el 22 de septiembre de 2020, donde aprobó el uso de la lista de elegibles con empleos equivalentes, sin embargo, las accionadas en su caso pretenden aplicar el criterio solamente al mismo empleo, trasgrediendo de esa manera el debido proceso administrativo (...)

III.- FALLO IMPUGNADO²

La Juez Cuarenta y dos Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la ciudad tras un recuento del trámite surtido, la naturaleza jurídica de la acción de tutela y la jurisprudencia constitucional relacionada con los concursos de méritos, declaró improcedente el amparo petitionado por la señora

¹ Folio 1 y 2 del archivo digital “FALLO”.

² archivo digital “2020-3482-Debido proceso administrativo”.

KIMBERLY LORENA PINZÓN RODRÍGUEZ, en atención a que la situación jurídica de la convocatoria N° 436 de 2017, en la que participó y quedó ubicada en el puesto 9, lo fue en atención a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y por tanto no es viable la aplicabilidad de la Ley 1960 de 2019 ni el Criterio unificado de la Comisión de fecha 22 de septiembre de 2020, como pretende.

Por otro lado, señaló que si en gracia de discusión se acogieran los planteamientos de la accionante *“no sería dable en estas instancias tratar de cambiar los lineamientos ... para ocupar el cargo, saltándose además las 8 personas con mejor puntaje”*.

IV.- IMPUGNACIÓN³

La accionante impugna la decisión con el propósito que se revoque y, en consecuencia, se tutelen sus derechos, ordenando a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, la nombre y posea para *“un empleo ... que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación TÉCNICO 1”* y, la verificación de la totalidad de la planta de personal para identificar la existencia de ese tipo de cargos.

Como argumentos, expone que **i)** la a quo no tuvo en cuenta los pronunciamientos de las Altas Cortes sobre la materia (*T-340 de 2020, entre otras*), la de otros Tribunales, ni las políticas públicas –Ley 1955 de 2019- encaminadas a reducir la provisionalidad en el

³ archivo digital “Impugnación Kimberly”.

empleo público, **ii)** es inconstitucional la posición de la Comisión para el uso de la lista de elegibles expuesto en el criterio unificado del 16 de enero de 2020 ya que no se “*acompaña con el espíritu de la Ley 1960 de 2019*”, **iii)** le es aplicable el nuevo criterio del 22 de septiembre pasado, que aprobó el uso de listas con empleos equivalentes.

V.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1.- Competencia

La Sala es competente para conocer y decidir la impugnación presentada por la parte actora contra el fallo de primer grado, dado lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.⁴

5.2.- Caso Concreto

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, es un procedimiento preferente y sumario, confiado al juez, que se halla al alcance de toda persona, ya sea natural o jurídica y que está destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando estén siendo amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o

⁴ “(...) Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. (...)”.

un particular y siempre que no exista ningún otro mecanismo de defensa judicial o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede el amparo transitoriamente.

Entonces, la amenaza o vulneración presuntas (*pues la realidad de éstas será lo que concluirá el juez luego de estudiar el caso concreto*) son aspectos sobre los que en grado mínimo debe establecerse su veracidad.

Visto lo anterior, su efectiva aplicación sólo tiene cabida cuando dentro de los diferentes medios que el ordenamiento jurídico ofrece para la realización de los derechos, no existe alguno que resulte idóneo para proteger inmediata y objetivamente el que aparece conculcado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa.

En el presente asunto el problema jurídico a resolver consiste en establecer si resultó acertada o no la determinación adoptada por el Juzgado Cuarenta y dos Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la ciudad, teniendo en cuenta que la pretensión principal, en últimas, está dirigida a controvertir el sentido y aplicación del Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017, a través del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil “(...) Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Convocatoria 436 – SENA”.

Pretende la señora **PINZÓN RODRÍGUEZ**, según se desprende del líbello de tutela, la elaboración de una nueva lista de elegibles para el cargo Técnico 1 (*al que se postuló*) o uno similar, en aplicación del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 909 de 2019.

En aras de resolver el problema jurídico propuesto conviene hacer alusión a la sentencia C-288 de 2014. Veamos:

“(...) La Asamblea Constituyente otorgó al Régimen de Carrera Administrativa una preeminencia en el Estado Social, Pluralista y Democrático de derecho.

La carrera administrativa está consagrada especialmente en tres disposiciones de la Constitución: (i) el artículo 123 superior define lo que debe entenderse por servidores públicos, y en ese sentido señala que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; (ii) el artículo 150-23 autoriza al Congreso de la República para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y, (iii) el artículo 125 constitucional implanta el régimen de carrera administrativa como regla general para todos los empleos en los órganos y entidades del Estado colombiano.

Adicionalmente la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

Bajo este entendido, el derecho a acceder a un cargo público constituye una garantía para todos los ciudadanos que implica la posibilidad de permanecer y ascender en los empleos existentes en las ramas y órganos del Estado; estableciéndose para tal fin la carrera administrativa, la cual halla fundamento constitucional en el artículo 125 de la Carta Política.

De esta manera, los concursos de méritos son un procedimiento encaminado a proveer cargos sobre la base del cumplimiento de normas previas, entre ellas, la publicidad de la convocatoria, la oportunidad de acudir a ella y la igualdad de condiciones para los participantes, de tal modo que el diseño del concurso en todas sus etapas se traduce en reglas obligatorias, en tanto deben estar reguladas y su acatamiento impide que se actúe de forma discrecional durante el proceso selectivo.

Ahora, la Sala se refiere a la característica de la subsidiariedad de la acción de tutela y su procedencia cuando de suplir los medios judiciales establecidos legalmente se trata, ciertamente, el inciso tercero del artículo 86 constitucional consagra que el mecanismo de amparo *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

Además, la claridad del numeral 1º, artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 no deja espacio para la duda, enunciado que en efecto señala *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*.

Por consiguiente, quien alega la vulneración de sus garantías fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la normatividad, bajo tal exigencia se pretende asegurar que una acción tan expedita, no sea considerada, en sí misma, una instancia más en el trámite jurisdiccional ni un

mecanismo de defensa que supla aquellos diseñados por el legislador.

En otras palabras, el amparo constitucional, dado su carácter excepcional, no puede emplearse como un medio alternativo en la solución de contiendas, ni su presentación ante el juez de amparo puede ser coetánea con los procedimientos ordinarios estatuidos legalmente, pues sólo está llamada a garantizar la defensa de los derechos en los eventos en que se carezca de tales instrumentos.

Así, se advierte que las determinaciones emitidas de manera previa y durante el desarrollo del proceso de selección constituyen actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, cuya legalidad se presume, donde se plasma la voluntad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dar apertura, reglamentar y adelantar la convocatoria para proveer cargos vacantes del sistema general de carrera administrativa.

En este orden, para la Sala resulta indiscutible que se está ante una problemática que debe ser dirimida en un escenario que no corresponde al constitucional, pues se cuenta con otro medio de defensa judicial que corresponde a la vía contencioso administrativa *-acción de nulidad-* o incluso, la de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión particular adoptada en relación con el lugar adjudicado en la lista de elegibles *—novenio para una vacante—*.

Y es que, adicionalmente, la señora **KIMBERLY LORENA PINZÓN RODRÍGUEZ** tiene la posibilidad de solicitar la medida de suspensión provisional, conforme con los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, la cual a petición de parte debidamente sustentada tiene como fin decretar las medidas cautelares necesarias “para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)” y “podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. (...)”.

En un caso semejante al que se examina, donde se atacaban las decisiones emitidas dentro de un concurso de méritos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló en punto a la posibilidad de acudir ante los jueces administrativos⁵:

“(...) la Sala considera que, el actor se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar dicha actuación de la administración, ya que es claro que el camino al que debe concurrir es a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda, donde a través de la demanda de nulidad sería viable solicitar la suspensión de los efectos de la decisión cuestionada y la adopción de medidas cautelares; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional (...)”.

En el caso concreto queda claro que la discusión planteada se trata de un asunto que debe ser dirimido ante las autoridades competentes, en las que podrá poner de presente si efectivamente le es aplicable la normatividad vigente para el momento de la convocatoria (Ley 909 de 2004) o, por el contrario, la que trata la Ley 1960 de 2019 y, también cuál de los criterios

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal Tutela 98753 de 21 de junio de 2018. M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera

unificados (agosto de 2019, enero o septiembre de 2020) expedidos por la Comisión del Servicio Civil, no obstante, la Sala se dio a la tarea de examinar el evento frente a la posibilidad de considerar la tutela como medio de defensa transitorio, estableciendo que la demandante no acreditó los presupuestos exigidos para el efecto por la jurisprudencia constitucional, pues no probó la existencia de un **perjuicio irremediable** y, el no hacerlo, conlleva sin lugar a dudas a la improcedencia de la acción.

Ciertamente, el perjuicio irremediable “(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.”⁶ (Subrayas fuera del texto).

En ese sentido, entonces, mal podría ser argüido que los actos administrativos aludidos o su no nombramiento y posesión en el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena- como Técnico 1, por haber ocupado el puesto N° 9 y no el primero, al haber sido convocado el cargo para una sola vacante, podrían ocasionar un daño de la entidad o intensidad mencionada; de allí que, las resoluciones, se insiste, pueden ser objeto de debate ante el juez natural, quien de encontrarlo jurídicamente factible, dispondrá la nulidad de la actuación o la reparación de los perjuicios

⁶ Sentencia T-956 de 2013, Corte Constitucional.

causados, si se tiene en cuenta que la convocatoria ya perdió vigencia (5 de noviembre de 2020⁷).

Bajo este entendido, aceptar las pretensiones que se proponen y realizar un análisis de fondo de las mismas es una tarea atribuida a otros funcionarios que no puede arrogarse a los jueces constitucionales en la medida en que con ello incurriría en una indebida injerencia, pues estos son asuntos que se hallan sometidos al conocimiento de otras jurisdicciones.

Por tanto, proceder de otra forma no abarca la competencia del juez de tutela y equivaldría, insiste la Sala, a desconocer la naturaleza excepcional y subsidiaria de la acción de amparo.

En este punto, bien vale la pena señalar que si bien es cierto la accionante referencia algunas decisiones emitidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Quinta Mixta⁸, el Tribunal Superior de Medellín⁹, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca¹⁰ o el de Santander¹¹, entre otros, mediante las cuales se acude a un criterio distinto al aquí señalado¹², es importante y necesario precisar que, de acuerdo al artículo 228 de la Constitución Política, las determinaciones judiciales adoptadas son autónomas, además, claro es que los únicos precedentes con fuerza vinculante son los provenientes de los órganos de cierre, lo que dista del sub lite.

⁷ La comisión en el traslado de la acción informó: “La mencionada lista de elegibles fue publicada el día 26/01/18, la cual cobró firmeza el día 6/11/19, por lo que su vigencia es hasta el día 5/11/20.”

⁸ Rad. 50013333031202000152-01, del 26 de enero de 2020.

⁹ Rad. 0513109027202020045-02, del 24 de julio de 2020.

¹⁰ Rad. 76001333302120190023401, del 18 de noviembre de 2020.

¹¹ Rad. 680013333007202000114-01, del 13 de octubre de 2020.

¹² (...) Bajo esa perspectiva, para la Sala no existe duda alguna la competencia para asumir el conocimiento del presente proceso, como consecuencia de la declaratoria de (sic) fenómeno de la conexidad, le correspondería al Juzgado (...), toda vez que fue el primero en recibir el escrito de acusación”.

Sustento de lo anterior lo constituye lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la providencia AP324, Rad. 47168 del 2016. Veamos:

“(...) habría que acotar que la fuerza vinculante de un precedente judicial solo es posible predicarla de los desarrollos normativos que constituyen la razón de la decisión, o reglas jurídicas de interpretación que sirvieron de base o fundamento directo de la determinación adoptada (ratio decidendi), a condición de que, en primer lugar, «de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla» y, en segundo lugar, se atienda a «la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera»¹³.

Este no es el caso. Los pronunciamientos de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y de la Fiscalía General de la Nación que en el libelista invoca en el presente caso como precedentes con fuerza normativa, provienen de órganos que no están investido de autoridad que le otorgue dicho carácter. (...)”.

Y, además, lo resuelto en la sentencia T-340 de 2020 por la Corte Constitucional, no aplica al caso en concreto, basta con señalar que en la Corporación fue conteste en exponer que:

*“(...) para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta **todavía se encuentre vigente**.” (Negrilla de la Sala).*

En fin, se insiste, no es a través de esta vía que deben plantearse controversias en torno a la interpretación y aplicación de las reglas del concurso, sino ante el juez natural, no otro que el contencioso administrativo, quien deberá examinar de fondo el asunto para establecer si efectivamente le asiste o no razón a la

¹³ CSJ AP, 1 ago. 2011, Rad. 29877.

demandante.

Bajo las anteriores consideraciones, advertido que la acción de tutela no subvierte procedimientos que el legislador ha definido en garantía de las prerrogativas del ciudadano ni suple los mecanismos de defensa judicial fijados en el ordenamiento, tampoco es una instancia adicional, no se evidencia la concurrencia de un perjuicio irremediable ni la demandante es sujeto de especial protección constitucional¹⁴, se confirma la determinación impugnada.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión de tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el 06 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarenta y dos Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la ciudad.

SEGUNDO: INFORMAR a los sujetos procesales oportunamente y por el medio más eficaz la presente providencia.

¹⁴ La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según lo tiene definido la Corte Constitucional “se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”.

TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y cúmplase



LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS
Magistrado



ANA JULIETA ARGUELLES DARAVIÑA
Magistrada



MARIO CORTÉS MAHECHA
Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO