El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Proceso : Acción de tutela

Accionante : Javier Alexander Aldana Sosa

Accionados : Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Terceros : Claudia Lorena Corrales García y otros

Procedencia : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Radicación : 66682-31-03-001-2022-00748-01 (772)

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 32 de 01-02-2023

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / NOMBRAMIENTO POR CONCURSO DE MÉRITOS / TEMERIDAD / REQUISITOS / IMPROCEDENCIA / INMEDIATEZ / TÉRMINO RAZONABLE / SEIS MESES.**

Este requisito: “(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”, por lo tanto, “(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”

Según el artículo 38, D.2591/1991 la actuación es temeraria cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, y su comprobación da lugar al rechazo y a la decisión desfavorable de todas las solicitudes…

… para determinar si se ha configurado, habrá de confrontarse por el fallador que concurran los siguientes presupuestos: (i) Identidad de partes, (ii) Identidad de causa para pedir, (iii) Identidad en la petición y en los derechos invocados y “(iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda…”

En primera sede, la jueza advirtió la cuádruple identidad porque el actor había radicado la tutela No. 2021-00095…

No obstante, omitió considerar que en aquella oportunidad la discusión se centró, además de la aplicación de la Ley 1960, en la calificación de la equivalencia del cargo, conforme al artículo 2.2.11.2.3., D.1083/2015, mientras que en la actual demanda los supuestos fácticos, a más de las normas y jurisprudencia reseñadas, radican en la falta de aplicación de las pautas fijadas en el Criterio Unificado del CNSC de septiembre de 2020…

Empero, para esta Corporación es improcedente el estudio de fondo deprecado, pues, de bulto reluce la desatención del presupuesto de la inmediatez.

En síntesis, el amparo propugna porque se protejan los derechos, supuestamente, conculcados por la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal, al nombrar personal en provisionalidad, sin aplicar la Ley 1960 y el Criterio Unificado de septiembre de 2020…, pero como el Decreto 351 refutado data del 31-12-2020…, notoria es la desatención del supuesto temporal de los seis (6) meses, fijado por la jurisprudencia constitucional como razonable.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**ST2-0021-2023**

**Primero (1º) de febrero de dos mil veintitrés (2023).**

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Expone el actor que aprobó el concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo No. 20181000004466 del 14-09-2018 para ocupar el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 3, en la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal y, según la Resolución No.20202230026035 del 14-02-2020, ocupa el segundo lugar de la lista de elegibles, vigente hasta el 26-02-2022.

El ente municipal con los Decretos 344 del 28-12-2020 y 351 del 31-12-2020, respectivamente, creó cargos semejantes y nombró en provisionalidad personas ajenas al concurso, no obstante que la Ley 1960, que tiene aplicación retrospectiva, según criterio jurisprudencial de la CC, establece que la lista de elegibles vigente se debe emplear para cubrir las vacantes ofertadas y las definitivas, de cargos *“equivalentes”* no convocados.

Reclamó ante la autoridad y, luego de que comunicara la negativa, promovió tutela que se desestimó en segunda instancia porque, conforme el Criterio Unificado del 16-01-2020, *“(…) los empleos anteriormente comparados no son equivalentes (…)”,* sin tener en cuenta el Criterio Unificado posterior del 22-09-2020 que diferencia el concepto de *“mismo empleo”* y el de *“empleo equivalente”*.

Finalmente, el 09-09-2022 formuló sendas peticiones ante las accionadas y, recibidas las respuestas, aunque desestimatorias, dieron cuenta de que: *i)* Las personas que ocupan los cargos están en provisionalidad, por manera que aún están vacantes; *ii)* La Alcaldía no informó al CNSC sobre su existencia, pese a que es obligatorio; e, *iii)* Insisten en aplicar el criterio de *“mismo empleo”*, en vez de aplicar el de *“cargo equivalente”* (Cuaderno No.1, pdf.03).

1. **Los derechos y las pretensiones**

La igualdad, el debido proceso, el trabajo y el acceso a cargos públicos. Solicitó ordenar a las autoridades: *i)* Aplicar los artículos 6º, Ley 1960 y 2.2.11.2.3 y 2.2.5.3.2, D.1083/2015 y el criterio unificado del 22-09-2020 y, con base en la lista de elegibles No. 20202230026035 del 14-02-2020, nombrar al actor en una de las vacantes creadas con el D.344/2020; y, *ii)* Conceder un periodo de prueba no mayor a 30 días (Cuaderno No.1, pdf.03).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

El 16-11-2022 se admitió la acción (Cuaderno No.1, pdf.05); el 29-11-2022 se falló (Ibidem, pdf.10); y, el 06-12-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.13).

El fallo negó el amparo del derecho de petición porque las accionadas respondieron y lo declaró improcedente respecto al nombramiento en uno de los cargos que alega vacantes, por cosa juzgada, ya que antes había propuesto una acción igual radicada al No.2021-00095 (Ibidem, pdf.10).

Impugnó el actor, solicitó revocar la sentencia y conceder el resguardo. Disintió de que el juzgado resolviera sobre el derecho de petición, pese a que no fue objeto de las pretensiones y que declarara la cosa juzgada, aun cuando en la demanda se plantearon hechos nuevos. En síntesis, pasó por alto:

*i)* El reciente derecho de petición y sus respuestas; *ii)* Los fallos de los Tribunales Superior de Pamplona y Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca sobre la inconstitucionalidad del Criterio Unificado de enero de 2020 y la aplicación del artículo 2.2.11.2.3., D.1083/2015; *iii)* La expedición por el CNSC, en acato de esas decisiones, del Criterio Unificado de septiembre de 2020 que diferencia los conceptos de *“mismo empleo”* y *“empleo equivalente”* y de Acuerdos y Circulares sobre el banco nacional de lista de elegibles y el reporte y actualización de vacantes; y, *iv)* La jurisprudencia de la CC alusiva a las reglas de aplicación retrospectiva de la Ley 1960 (Ib., pdf.12).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver*:* ¿Se debe confirmar, modificar o revocar el fallo del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa: Se cumple por activa, al ser el peticionario integrante de la lista de legibles y formular la solicitud administrativa (Ib., pdf.02); y, por pasiva la **(1)** Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC por responder el derecho de petición y el **(2)** Alcalde y las secretarías **(3)** Administrativa, **(4)** Desarrollo y **(5)** Gobierno y Movilidad de la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal al haber expedido los actos administrativos rebatidos (Ib., pdf.02, folios 58 a 79 y 202 a 207).

5.3.2. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como mecanismo protector e inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, siempre que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la CC (2022)[[3]](#footnote-3).

Seis (6) meses es el término mínimo prudencial fijado por la CC[[4]](#footnote-4) para promover el amparo, salvo que existan circunstancias que justifiquen la tardanza: *“(…) i) la diligencia del interesado en la defensa de sus derechos; ii) la eventual afectación de derechos de terceros; iii) la estabilidad jurídica; iv) la complejidad del conflicto; v) el equilibrio de las cargas procesales y vi) la existencia de circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta (…)”.*

1. **El análisis del caso en concreto**

Se confirmará el fallo opugnado, aun cuando la Sala discrepa del estudio de la cosa juzgada, habida cuenta de que es manifiesto el incumplimiento de la promoción oportuna del amparo.

Según el artículo 38, D.2591/1991 la actuación es temeraria cuando *“sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales*”, y su comprobación da lugar al rechazo y a la decisión desfavorable de todas las solicitude*s.* Asimismo, el profesional del derecho que así proceda será sancionado*.*

Y, para determinar si se ha configurado, habrá de confrontarse por el fallador que concurran los siguientes presupuestos: (i) Identidad de partes, (ii) **Identidad de causa para pedir**, (iii) Identidad en la petición y en los derechos invocados y “*(iv)* *la ausencia de justificación en la presentación de la Nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista”*[[5]](#footnote-5)*.*

En primera sede, la jueza advirtió la cuádruple identidad porque el actor había radicado la tutela No. 2021-00095, frente a las mismas autoridades y con miras a que se designara en uno de los cargos creados mediante el Decreto 344 del 28-12-2020, con estribo en la aplicación retroactiva de la Ley 1960, que ordena proveer los cargos no convocados con las listas de elegibles vigentes, cuando sean equivalentes al ofertado en el concurso (Ib., pdf.10).

No obstante, omitió considerar que en aquella oportunidad la discusión se centró, además de la aplicación de la Ley 1960, en la calificación de la equivalencia del cargo, conforme al artículo 2.2.11.2.3., D.1083/2015, mientras que en la actual demanda los supuestos fácticos, a más de las normas y jurisprudencia reseñadas, radican en la falta de aplicación de las pautas fijadas en el Criterio Unificado del CNSC de septiembre de 2020. El libelo reluce en argumentos al respecto (Ib., pdf.03).

La judicatura no estudió las reglas de la decisión de la CNSC y su aplicación, al desatar el amparo, por la potísima razón de que en la demanda ningún reparo hizo el interesado sobre su inobservancia (Ib., carpeta No.07, pdf.02, folios 1-13). En contraste, el estudio de fondo se circunscribió a la verificación de los supuestos de equivalencia del Criterio Unificado de enero de 2020: *“(…) No obstante, en este punto se debe traer a colación el criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC (…)”* (Ib., pdf.02, folios 101-114) y, de acuerdo con la queja tutelar, se sustituyó por el de septiembre de 2020. Sin duda, falta el supuesto de identidad de los fundamentos de hecho y basta para concluir la inexistencia de la cosa juzgada declarada.

Empero, *para esta Corporación es improcedente el estudio de fondo deprecado, pues, de bulto reluce la desatención del presupuesto de la inmediatez.*

En síntesis, el amparo propugna porque se protejan los derechos, supuestamente, conculcados por la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal, al nombrar personal en provisionalidad, sin aplicar la Ley 1960 y el Criterio Unificado de septiembre de 2020 (Cubrir los cargos con las personas que integran la lista de elegibles de cargo equivalente), pero como el Decreto 351 refutado data del 31-12-2020 (Ib., pdf.02, folios 70-79), notoria es la desatención del supuesto temporal de los seis (6) meses, fijado por la jurisprudencia constitucional como razonable.

Asimismo, si se aplicara el razonamiento empleado por la Alta Colegiatura Constitucional en el fallo que trae a colación el actor (T-081 de 2021), atañedero a contabilizar el plazo a partir de la promulgación de la Ley 1960: *“(…) la norma cuya aplicación se pretende fue sancionada el 27 de junio de 2019 y que, entre ese momento y la instauración de los dos recursos de amparo, solo transcurrieron (i) 2 meses y 17 días (…); y (ii) 2 meses y 20 días, (…). Tiempo que esta Sala estima prudencial y razonable para superar esta exigencia de procedencia (…)”*, es todavía más evidente la falta la tempestividad, porque las reglas de equivalencia supuestamente inobservadas (Criterio Unificado de septiembre de 2020), son anteriores al acto administrativo criticado (31-12-2020).

La publicación de ambas decisiones fueron los momentos coyunturales a partir de los cuales surgió para el accionante el interés en requerir la aplicación normativa a la autoridad encausada y, ante una eventual desatención, ejercitar la acción de tutela a tiempo, pero dejó de hacerlo. Incontrastable entonces el incumplimiento de la inmediatez, por lo tanto, imposible estudiar en sede tutelar la validez de la decisión cuestionada.

Finalmente, se revocará el fallo de primera sede respecto a la inexistencia de trasgresión del derecho de petición, en razón a que no fue objeto del amparo, como afirmó el promotor en la impugnación; innecesario devino su estudio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 29-11-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, salvo el numeral 1º, que se REVOCA.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión, de no ser impugnada.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-005 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. Ob. cit. También la SU-150 de 2021, T-234 de 2020, SU-037 de 2019 y la SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-193 de 2008 y T-502 de 2008 reiteradas en la SU-168 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)