



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-

Bogotá D.C., nueve (09) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

RADICACION	110013337042 2021 00011 00
DEMANDANTE:	HUGO FERNEL MARÍN ALFONSO
DEMANDADO:	CNSC Y SENA
ACCIÓN	TUTELA
DERECHO:	DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

1. ASUNTO POR RESOLVER

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre el presente asunto.

2. DEMANDA Y PRETENSIONES

El demandante instauró acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SENA porque considera vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la garantía y efectividad de la protección de sus derechos por parte del estado, a la igualdad, sus derechos de petición, sus derechos al trabajo, al debido proceso administrativo, al acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma con respecto a la ley 1960 de 2019.

3.-CONTESTACIONES

Aunque la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) y el SENA fueron vinculados a la presente acción, no dieron respuesta a la misma.

6.-PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

¿Al tenor de lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 debe negarse la acción de tutela instaurada por Hugo Fernel Marín Alfonso por existir multiplicidad de acciones con identidad de hechos y derechos, aunque argumenta el demandante que existe una justificación razonable para ello porque tras la primera tutela fueron proferidas diferentes sentencias por los Tribunales del país amparando los derechos en situaciones con identidad fáctica y jurídica?

Tesis del Despacho: al establecerse que el primer debate de tutela planteado por el demandante aún no culmina, como quiera que no se ha proferido la sentencia de segunda instancia, y que el demandante puede plantear allí nuevos argumentos al tenor de las sentencias proferidas por los Tribunales del país que amparan los derechos de personas en similares situaciones a la que plantea en el escrito de tutela, dirá el despacho que existe en esta caso una multiplicidad de peticiones de tutela y por ello la declarará improcedente, conforme la pauta jurisprudencial. Sin embargo, no se sancionará al accionante por incurrir en temeridad por falta de acreditación del elemento subjetivo.

7.- ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

El mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...).”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”

Los presupuestos de la acción de tutela.

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

8. EL CASO EN CONCRETO

El demandante Hugo Fernel Marín Alfonso refiere en el escrito de tutela que está legitimado para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la efectividad, garantía y protección de los derechos fundamentales por el estado, a la igualdad, a la respuesta oportuna de las peticiones, al trabajo, al debido proceso administrativo, al acceso a los cargos y funciones administrativas por mérito, a la confianza legítima, a la buena fé, a la seguridad jurídica y a la inescindibilidad de la norma con respecto a la ley 1960 de 2019 porque participó y culminó todas las etapas del concurso público Convocatoria 436 de 2017, en la cual ocupó el segundo lugar de elegibilidad para el cargo Instructor Código 3010 Grado 1 con derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas y sobre cuya base se debieron proveer todos los cargos en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de menor jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel.

Sostiene que la CNSC declaró desiertas varias convocatorias al cargo Instructor Código 3010 Grado 1 con los cuales presenta similitud funcional con el cargo para el cual se postuló en la Convocatoria 436 de 2017 en la cual se encuentra elegible, por tanto las entidades accionadas deben, en respeto del debido proceso, solicitar el uso de la lista de elegibles.

Solicita, dado que la lista de elegibles de la que hace parte ya se venció, específicamente el día 14 de enero de 2021, se estudie su solicitud de amparo y se exija a la CNSC y al SENA que informen si hay concursantes que no han aceptado el nombramiento y cuantos son, y en el evento de que algunos concursantes no acepten, continuar nombrando en estricto orden de mérito hasta cubrir todas las vacantes ofertadas y antes de que se venzan los dos años de vigencia de la lista.

Censura además que la CNSC cambió el pasado 22 de septiembre de 2020 el criterio unificado que tenía, conforme al cual permitía el uso de las listas de elegibles con empleos equivalentes, sin embargo en su caso el SENA y la CNSC pretenden aplicarle la lista sólo al mismo empleo, en contravía del debido proceso administrativo.

En cuanto a la procedencia de la acción, el demandante manifiesta que en el mes de octubre de 2020 interpuso acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, dando aplicación a la ley 1960 de 2019, que dicha acción de tutela le fue negada, sin embargo *“la jurisprudencia constitucional ha considerado que un nuevo hecho puede consistir en una sentencia posterior de un alto tribunal en la que acepte para casos similares una determinada interpretación del ordenamiento jurídico, pues ello habilita a los demandantes para introducir una cuestión referida a la violación del derecho a la igualdad que no es posible plantear con anterioridad que es precisamente lo que sucede en mi caso”*. Conforme a lo anterior, sostiene que han ocurrido hechos nuevos y ha encontrado nuevas pruebas que lo habilitan para acudir nuevamente a la acción de tutela, y al respecto cita la sentencia T-340, el criterio unificado de la CNSC del 22 de septiembre de 2020, la sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal con radicación 110011311805202000113, la sentencia de tutela del 4 de diciembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal con radicación 1100113109056202000146, la sentencia de tutela del 1 de diciembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal con radicación 1100113109018202000143, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección E del 1 de diciembre de 2020 con radicación 110013336031202000224-01, la sentencia de tutela del 13 de octubre de 2020 del Tribunal Administrativo de Santander con radicación 680013333007202000114-01.

Pues bien, al momento de admitir la presente acción, dado que el demandante puso de presente que había interpuesto ya una acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos, pero que la nueva interposición de una tutela está cobijada por las excepciones establecidas en la jurisprudencia constitucional que niegan la temeridad, porque una nueva sentencia de un alto tribunal constituye un hecho nuevo, no traído con anterioridad al debate, cambiando la controversia, el despacho solicitó al demandante informar el número completo de

radicado de la tutela que interpuso en octubre y enviar al juzgado copia en formato digital de la sentencia proferida, sin embargo este requerimiento no fue atendido por el demandante.

Como quiera que el demandante no aportó los elementos de juicio requeridos por el Despacho, procedió este a consultar el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI, en el cual aparece que cursa en el Tribunal Superior de Bogotá la acción de tutela 11001310901720200670101, instaurada por el Señor Hugo Fernel Marín Alfonso en contra del SENA, acción que fue remitida en virtud de la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia y en la cual no se ha emitido fallo en dicha instancia. Estas circunstancias no fueron advertidas al Despacho por el demandante, quien no obstante si informó en el escrito de tutela que le había sido negada la acción anterior que había instaurado, por lo cual es dable concluir que quien apeló el fallo, dando lugar a su remisión al Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal, fue el demandante.

Conforme lo anterior, debe el Despacho referirse al tópico de la temeridad en materia de tutela. Al respecto, señala el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 38 señala:

ARTICULO 38. ACTUACION 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, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.*

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

No obstante, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que existen circunstancias en las cuales válidamente puede el demandante acudir nuevamente a la acción de tutela, como la arguida en este caso, referida a nuevos pronunciamientos de los tribunales con identidad de hechos y derechos invocados, que permiten estudiar nuevamente la cuestión planteada al juez de tutela, siendo esta una justificación razonable para acudir a la tutela por los mismos hechos y derechos. Sobre este particular, la Corte Constitucional en la sentencia 162 de 2018, manifestó:

2.2.2. A partir de tal previsión normativa, la jurisprudencia constitucional ha considerado la procedencia de la temeridad en dos dimensiones: (i) cuando el accionante actúa de mala fe; y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, “la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela”.

2.2.3. Ahora bien, la temeridad, en sentido estricto, se configura cuando se presentan los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; 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.

2.2.4. El último de los elementos antes descritos, tiene lugar cuando la actuación del actor denota el propósito desleal de satisfacer su interés subjetivo a como dé

lugar, aspecto que “deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia”.

2.2.5. Por el contrario, la actuación no es temeraria, cuando si bien se comprueba la existencia de multiplicidad de peticiones de tutela, esta se funda en: (i) la falta de conocimiento del demandante; (ii) el asesoramiento errado por parte de abogados; o (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, “propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho”. En tales casos, “si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera ‘temeraria’ y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante”

Dado lo perentorio del trámite de la tutela, - y aunque a la fecha no se allegó respuesta los requerimientos realizados- , se logra establecer que aún está vigente la primera controversia jurídica planteada por el demandante, pues el juez de segunda instancia no ha decidido aún si revoca la decisión emitida en primer lugar y procede a amparar los derechos del demandante, para quien la sentencia en primera instancia no fue favorable. Es decir que, puede el demandante plantear ante la segunda instancia estos nuevos argumentos jurisprudenciales, contenidos en las sentencias emitidas por los Tribunales del país en idénticas controversias a la planteada ante este despacho para que sean considerados por el Juez de segunda instancia quien puede aún amparar los derechos aquí invocados, correspondiendo a su titular llevar todos estos elementos de juicio y exponer la argumentación conforme a la cual debe prosperar su reclamo de amparo de derechos fundamentales.

De conformidad con el material probatorio, no se logra acreditar el elemento subjetivo para imponer sanción en contra del accionante por su actuación, y considerando que argumentó y acreditó una circunstancia válida para acudir a una nueva tutela por los mismos hechos y derechos, desconociendo tal vez que el debate anterior, en el cual no fue favorable a sus intereses la sentencia, aún no ha culminado, y sólo terminará con la sentencia de segunda instancia (ello sin contar con la eventual revisión de la Corte Constitucional), el despacho se abstendrá de declarar la temeridad.

Sin embargo, según la pauta jurisprudencial pre-transcrita, la multiplicidad de peticiones de tutelas, - aun cuanto no se logre demostrar la temeridad, la Corte ha señalado que “**debe ser declarada improcedente**”, de manera, que se adoptará esta decisión en el presente caso.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. Declarar improcedente la solicitud de amparo de derechos fundamentales instaurada por Hugo Fernel Marín Alfonso contra la CNSC y el SENA.

SEGUNDO. Notificar por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Advertir a las partes que este fallo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO. Enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

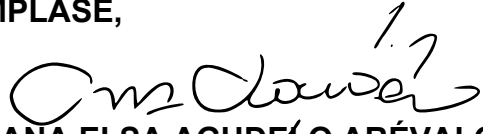
QUINTO - Medidas preventivas por el aislamiento obligatorio:

Las comunicaciones y escritos deberán ser enviados únicamente al correo del juzgado jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co . Se solicita encarecidamente escribir en el asunto: “**2021-011 TUTELA**”, se recomienda enviar archivos DOC, DOCX, o PDF livianos Max 500 k, - verificar que los PDF no tengan páginas en blanco y calidad para envío por correo.

Las partes deben enviar toda comunicación, escrito o prueba no sólo al Despacho, también a las demás partes mediante su correo electrónico.

La atención al público se presta de manera telefónica en el número 313 489 5346 (Horario: lunes a viernes de 8:00 am-1:00 pm y 2:00 pm-5:00 pm).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ.