

62

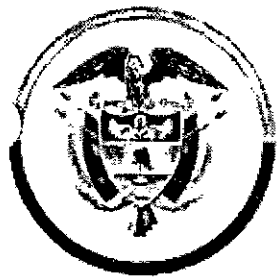
LH

Doc 253

Secretaria General Consejo De Estado

De: Carrera Judicial - Seccional Nivel Central
Enviado el: martes, 05 de noviembre de 2019 5:00 p. m.
Para: Secretaria General Consejo De Estado
Asunto: Asunto: Incidente de nulidad Radicado No. 11001031500020190131001 Demandante: YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ Y OTROS. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Administración de Carrera Judicial y Universidad Nacional de Colombia.
Datos adjuntos: CJO19-6501.pdf

Cordialmente
Unidad de Administración de Carrera Judicial
PBX: 5658500



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Administración de Carrera Judicial

CJO19-6501

Bogotá, D. C., 5 de noviembre de 2019

Doctor

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado Sección Tercera, Subsección C

Consejo de Estado

secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

Asunto: Incidente de nulidad

Radicado No. 11001031500020190131001

Demandante: YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ Y OTROS.

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Administración de Carrera Judicial y Universidad Nacional de Colombia.

Respetado Señor Magistrado:

Con el debido respeto, de conformidad con la delegación establecida en el Acuerdo 956 de 2000, procedo a instaurar incidente de nulidad con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 306 de 1992 y el artículo 134 del CGP contra la sentencia de tutela proferida en segunda instancia de fecha 25 de septiembre de 2019, notificada hasta el día 30 de octubre del año en curso, correspondiente al proceso de la referencia.

1. SOLICITUD DE NULIDAD

Se solicita la nulidad de la providencia de fecha 25 de septiembre de 2019 considerando que se materializa una causal de nulidad consistente en la errónea interpretación del párrafo 2° del artículo 164 de la Ley 270 de 1996, al haberle otorgado a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene, concerniente con la reserva legal, y por desconocimiento del precedente horizontal atinente a la citada reserva, materializada en ordenes contrarias a la ley, vulnerando los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima previstos en la Constitución Política.

2. RAZONES DE LA SOLICITUD DE NULIDAD

La nulidad procesal es una institución que se encuentra fundamentada en el artículo 29 de la Constitución Política, con el objeto de garantizar el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa de quienes intervienen en él; esta figura, desarrollada en la ley, indica los vicios del proceso que permiten su aplicación y declaración judicial. En efecto, las nulidades procesales están instituidas para asegurar la validez del proceso, pues su objetivo es evitar que en las actuaciones judiciales se incurra en irregularidades de tal

Calle 12 No. 7 - 65 Conmutador - 3 817200 Ext. 7474 www.ramajudicial.gov.co



entidad que comprometan su eficacia, esto es, que le resten los efectos jurídicos al acto o actos que integran el proceso.

La jurisprudencia ha sostenido que el legislador tiene libertad para diseñar los procedimientos judiciales, así como la regulación específica de ciertas pautas procesales, dicho margen de discrecionalidad no es absoluto sino que encuentra límites en los principios y derechos constitucionales cuyo núcleo esencial tiene el deber de salvaguardar y garantizar. Es por ello que se debe propugnar por la primacía del derecho sustancial garantizando el principio de imparcialidad.

En el caso concreto, al definir el juez constitucional en su fallo "*que no existe reserva para los concursantes en relación con sus propias respuestas ni, en general, de los cuadernillos de preguntas de pruebas ya practicadas*", levanta una reserva legal sin facultad para ello, proponiendo fórmulas como la constitución de apoderado, envío telemático de las pruebas y registro digital de la información a los aspirantes, trasgrediendo así la reserva frente a terceros.

La citada argumentación que integra la parte resolutive de la providencia, va en contravía de la Ley Estatutaria, que sobre la materia señala:

"ARTÍCULO 164. CONCURSO DE MÉRITOS. El concurso de méritos es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de conocimientos, destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera judicial, se determina su inclusión en el Registro de Elegibles y se fijará su ubicación en el mismo.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Las pruebas que se apliquen en los concursos para proveer cargos de carrera judicial, así como también toda la documentación que constituya el soporte técnico de aquéllas, tienen carácter reservado."

De conformidad con la interpretación gramatical de la norma en cita, es claro que la reserva de las pruebas aplicadas y de la documentación que hace parte del soporte técnico de las mismas, tiene reserva indefinida, como quiera que el legislador a diferencia de otras normas no habilitó en ningún momento la posibilidad de dejar sin efecto la reserva citada.

Adicionalmente se aparta de los precedentes jurisprudenciales, de la Corte Constitucional sobre el tema de la reserva de las pruebas en los concursos de méritos¹, veamos:

"8.10. La Corte aclara que el acceso a los documentos referidos a los procesos de selección por parte del aspirante no debe ser absoluto en aras de conservar los pilares fundamentales del principio del mérito.

....

En ningún caso se podrá autorizar su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar) para conservar la reserva respecto de terceros.

¹ Sentencia T-180 de 2015.

Hoja No. 3 Oficio CJO19-6501

En caso de que el participante requiera dichos documentos para tramitar la reclamación administrativa o judicial, deberá solicitar a la autoridad que conozca de la misma, que ordene el traslado de esos elementos probatorios bajo custodia del CNSC o la institución educativa autorizada. En este caso, dicho servidor público estará obligado a guardar la cadena de custodia y la reserva frente a terceros.” (Subrayado fuera de texto)

Dado el alcance de la sentencia de la H. Corte Constitucional no es dable levantar la reserva una vez aplicadas las pruebas, pues tales cuestionarios hacen parte de un banco de preguntas destinado a ser utilizado en posteriores concursos, por tanto, debe protegerse.

Armónicamente, el artículo 24 de la Ley 1755 de 30 de junio de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, estipula:

“Artículo 24: Información y Documentos Reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución y la Ley (...).” (Subraya fuera de texto)

Así las cosas, debe respetarse el carácter reservado de las pruebas que se aplican continuamente en la Rama Judicial; máxime cuando dicha reserva conlleva a la efectividad del derecho de igualdad material y transparencia para los futuros aspirantes a ocupar los cargos convocados.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la reserva de ley es una manifestación del principio democrático y del principio de separación de funciones entre las distintas ramas del poder público², en el caso de los concursos de méritos a efecto de garantizar la transparencia y la igualdad para quienes participen en el proceso meritocrático.

La norma estatutaria que prevé la reserva legal fue estudiada por la H. Corte Constitucional en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 en la que determinó:

“La presente disposición acata fehacientemente los parámetros fijados por el artículo 125 superior y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional³, en el sentido de que el concurso de méritos, como procedimiento idóneo para proveer los cargos de carrera, debe cumplir una serie de etapas que garanticen a las autoridades y a los administrados que el resultado final se caracterizó por la transparencia y el respeto al derecho fundamental a la igualdad. (Art. 13 C.P.). Por ello, al definirse los procesos de convocatoria, selección o reclutamiento, la práctica de pruebas y la elaboración final de la lista de elegibles o clasificación, se logra, bajo un acertado sentido democrático, respetar los lineamientos que ha trazado el texto constitucional. Con todo, debe advertirse que “las pruebas” a las que se refiere el Parágrafo Segundo, son únicamente aquellas relativas a los exámenes que se vayan a practicar para efectos del concurso.

² C-914 de 2013

³ Corte Constitucional. Sentencia No. C-040 del 9 de febrero de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

El artículo, bajo estas condiciones, será declarado exequible."

Lo anterior reafirma la necesidad de anular la decisión adoptada en la providencia, pues son exactamente los exámenes practicados en el concurso, de los que se insiste sea protegida la reserva. De conformidad con la interpretación de la H. Corte Constitucional es evidente que las otras pruebas que puedan practicarse en desarrollo de la convocatoria (curso concurso) no cuentan estrictamente con reserva legal, pero los exámenes sin duda son objeto de la citada reserva.

De otra parte, la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 18 de marzo de 2019, al estudiar lo relacionado con la reserva de los documentos de la prueba y su reproducción preciso lo siguiente:

"En mérito de lo dicho, la no aplicación de la aludida reserva legal para el participante del concurso de mérito que pide acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y a la hoja de respuestas, por ejemplo, hace que el recurso de insistencia previsto en el artículo 26 de la Ley Estatutaria No. 1755 de 2015, carece de la protección inmediata requerida frente a la evidente vulneración de derechos fundamentales en tales casos; sin embargo, lo cierto es que la consulta personal de dicha documentación que realice el aspirante se debe efectuar ante un funcionario competente que garantice el registro de la cadena de custodia, sin que pueda autorizarse su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar) para conservar así la reserva respecto de los terceros."⁴, (Subrayas fuera de texto)

De igual forma el Consejo de Estado Sección Tercera - Subsección A, en Auto de fecha 9 de abril de 2019, se refirió al carácter reservado de los documentos de la prueba aplicada en la Convocatoria 27 para la provisión de cargos de funcionarios de la Rama Judicial, así:

"(...) De otra parte, hay que decir que, con fundamento en lo establecido en el Acuerdo PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018 y el artículo 79 del CPACA, la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura citó a los demandantes el próximo 14 de abril, con el objeto de exhibirles los documentos correspondientes a las pruebas aplicadas el 2 de diciembre de 2018, para cuyo efecto publicó un instructivo por medio del cual se regula el acceso a los mismos. Dicho protocolo contiene una serie de pautas que se deben seguir al momento de la exhibición, dentro de las cuales se incluyen la prohibición de ingresar dispositivos electrónicos o de reproducir las preguntas o de copiar o alterar el material consultado, medida que, prima facie, no se muestra arbitraria o violatoria de derechos fundamentales sino que más bien encuentra sustento en el carácter reservado que tienen los documentos técnicos propios de los concursos de méritos.

De este modo, se advierte que debe respetarse el carácter reservado de las pruebas que se aplican en los concursos para proveer cargos de carrera judicial, máxime cuando dicha reserva conlleva la efectividad del derecho de igualdad material y transparencia para los futuros aspirantes.

⁴ C.E. Sección Primera. 18 de marzo de 2019 Rad. 11001-03-15-000-2019-00216-00 C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés

Bajo ese entendido, el Despacho no accederá a la medida cautelar dirigida a que se les permita a los actores realizar la transcripción de las preguntas, tomar los apuntes o las copias que estimen pertinentes por cualquier medio magnético sin limitación alguna, porque, como se vio, los documentos que hacen parte del proceso de selección, en especial, aquellos que contienen los cuestionarios para cada uno de los cargos, tienen reserva legal y, además, pueden ser utilizados para convocatorias posteriores.(...) "⁵ (Subrayado y Negrilla fuera del texto original).

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia calendada de 18 de junio de 2019 hizo alusión a la improcedencia de la reproducción de las pruebas, respuestas y claves pretendidas como sigue:

*"Ahora, en cuanto a la **reproducción** de las pruebas, respuestas y claves pretendidas, cuya petición fundamenta hoy la solicitud de amparo, se advierte que, tal como lo señaló la entidad accionada en el oficio CJO19-1038 del 12 de febrero de 2019, ello no es procedente, pues si bien dicha información no tiene reserva de cara al propio concursante, tal como se le explicó al señor Herrera Moreno en providencia del 8 de abril de 2019, por parte de la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al desatar su recurso de insistencia, de forma distinta opera respecto de terceros, siendo esta la razón de la negativa a la solicitud de "reproducción".⁶*

Por su parte en providencia la Corte Suprema de Justicia señaló frente a la reserva de los documentos de la prueba lo siguiente:

"De hecho, para la Sala, las gestiones necesarias para mantener la reserva de la prueba no resultan arbitrarias ni injustas, pues dicha precaución está respaldada en el parágrafo segundo del artículo 164 de la Ley 270 de 1996"⁷

De conformidad con lo anterior la decisión que adopta el despacho frente a las condiciones para realizar la jornada de exhibición es totalmente contradictoria a lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 164 de la Ley 270 de 1996 y desconoce el precedente constitucional respecto de la reserva legal de los documentos del concurso, ya que se aparta de precedentes jurisprudenciales que han señalado que en ningún caso se podrá autorizar la reproducción física y/o digital, esto es, fotocopia, fotografía o documento escaneado, con el fin de conservar la reserva respecto de terceros de los exámenes practicados.

Lo que reconoce la jurisprudencia constitucional es la posibilidad de dar a conocer el contenido de los exámenes presentados a cada uno de los concursantes que lo presentó respecto de su propio examen y sus consecuentes resultados, situación que ha garantizado la Corporación con las jornadas de exhibición que realizó, poniendo en conocimiento de todos los que solicitaron el acceso a la prueba: el cuadernillo original de la prueba de conocimientos, aptitudes y/o habilidades, la hoja y claves de respuesta.

⁵ C.E. S.3 Auto de fecha 9 de abril de 2019 Rad. 11001031500020190137300, CP. María Adriana Marín.

⁶ C.E. S.2 18 de junio de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-02385 – 00 C.P. William Hernández Gómez

⁷ CSJ Sala de Casación Penal. 27 de agosto de 2019. Rad. 106396. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero

Así mismo, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-108 de 1995 declaró exequible el artículo 92 del Decreto Ley 407 de 1994, entre otros, el cual dispone que las pruebas que se aportan durante el proceso de selección son reservadas y sólo pueden ser conocidas por los empleados responsables del proceso, así mismo advierte que es distinto que los resultados puedan ser conocidos por todos los aspirantes, por lo que la Corte no encontró inexecutable alguna en la norma, dado que se trata de una medida universalmente aceptada en los procesos de selección, afirmando que la reserva es un **mínimo razonable de autonomía necesaria para la independencia de los seleccionadores y una protección, a la intimidad de los aspirantes.**

Con base en las providencias citadas, salta a la vista que tanto el precedente de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia han determinado la imposibilidad de autorizar la reproducción física o digital de los documentos que hacen parte de la prueba o examen en el marco del concurso de méritos.

Así las cosas, la decisión contenida en la parte resolutoria de la sentencia de tutela que se discute, desconoce los principios de seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima, al no haber tenido en cuenta el precedente horizontal, tal como lo ha precisado la jurisprudencia:

*"(...)El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución (...)."*⁸

*"(...) La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que "en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite".*⁹

*"De manera que, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales deben tener en cuenta que al momento de fallar, se encuentran vinculados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador – en la jurisdicción ordinaria o en la constitucional. Si pretenden apartarse del precedente, en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre ellos una carga de argumentación más estricta, pues deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan, de lo contrario, se presenta un defecto."*¹⁰

En suma, de conformidad con lo previsto en el artículo 134 de Ley 1564 del 2012¹¹ y los precedentes judiciales advertidos en líneas anteriores, procede invocar la causal de

⁸ SU-354 de 2017

⁹ SU-072 de 2018

¹⁰ T-148 de 2011

¹¹ ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

nulidad por advertirse un defecto sustantivo¹² en la providencia por errónea interpretación de la norma al haberle otorgado a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene, y por desconocimiento del precedente horizontal atinente a la reserva prevista en el parágrafo segundo del artículo 164 de la Ley 270 de 1996.

Adicional a ello se informa que el proceso de concurso adelantado, hasta ahora se ha ceñido a las normas que lo regulan, a la fecha se habían desatado los recursos de reposición presentados contra los resultados de la prueba de conocimientos, aptitudes y/o habilidades; motivo por el cual el cumplimiento de la orden cuya nulidad se solicita implicaría una mora en el proceso de selección, que repercutirá exclusivamente en desmedro de los derechos de los concursantes que aprobaron de manera legítima y deben ser tenidos en cuenta en cualquier decisión que involucre el proceso de convocatoria, pues los recursos fueron objeto de pronunciamiento y por ende las calificaciones publicadas a través de la Resolución CJR19-0679 de 2019, se encuentran en firme, por lo que se requiere armonizar la decisión con la realidad del proceso de convocatoria, tal como lo ha señalado la jurisprudencia¹³, pues en el texto de la misma no se advirtió nada sobre el particular, desconociendo la existencia de actos administrativos en firme.

Se evidencia la existencia de una nulidad procesal ya que se encuentra un vicio por indebida conformación del contradictorio en sede de tutela, pues no se vincularon a la presente acción a los aspirantes que aprobaron el concurso, es decir, a todas las personas que tenían un interés legítimo en el mismo y que podían resultar afectadas por la decisión que se adoptara, con el fin de garantizar el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con lo establecido en el Auto 212 de 18 de septiembre de 2012 de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional¹⁴, que precisó lo siguiente:

"Como consecuencia de lo dicho, se decretará la nulidad de todo lo actuado en este proceso, a partir del Auto de fecha 22 de febrero de 2012, por medio del cual se admitió la demanda, con excepción de las pruebas allegadas y practicadas, ordenando la devolución del expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Judicatura de Bogotá, para que rehaga el proceso vinculando legalmente a todas las partes, incluidas las personas que aparecen inscritas como aspirantes a desempeñar el cargo de magistrado de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, ocupado actualmente por el magistrado William Giraldo Giraldo, en calidad de terceros con interés legítimo, por el método más expedito y eficaz, de acuerdo a los parámetros trazados en esta providencia."

La Corporación ha propendido por garantizar a todos los concursantes los derechos fundamentales al debido proceso, la legalidad y la igualdad y lo que busca es garantizar el ingreso por méritos a la Rama Judicial, para lograr la cobertura de vinculaciones por carrera en todo el país.

¹² SU-567 de 2015, SU-632 de 2017, SU 116 de 2018

¹³ C-053 de 2001

¹⁴ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

Hoja No. 8 Oficio CJO19-6501

Por las razones expuestas, debe ser declarada la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tutela, a partir de la providencia mediante la cual se admitió la demanda inclusive.

Cordialmente



CLAUDIA M. GRANADOS R.
Directora Unidad de Carrera Judicial

UACJ/CMGR/DLLB/FFR/GRS