

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
D.C.**

Radicación: 110013105030-20210035800

Accionante: WILLIAM JAVIER DELGADO MONTOYA

Accionados: COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL y
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

En Bogotá D.C., 26 de agosto de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO A DECIDIR

Acción de tutela instaurada por William Javier Delgado Montoya, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA por la presunta vulneración de derechos fundamentales al debido proceso administrativo, dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito.

II. RESEÑA FÁCTICA

Manifestó el señor Delgado Montoya, que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, expidió el ACUERDO No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de

Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA; que las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria fueron: convocatoria y divulgación, inscripción, verificación de requisitos mínimos, aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, valoración de antecedentes, conformación de listas de elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en Periodo de prueba; que la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 2018212013955 del 17 de octubre de 2018, con firmeza a partir del 06 de noviembre de 2018, para proveer una vacante de la OPEC No 60504, con la denominación PROFESIONAL GRADO 3, en donde se encuentra ocupando el lugar número seis de elegibilidad con 73.84 puntos definitivos; que la CNSC expide el acuerdo 562 de 2016 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004, acuerdo que aplica la Ley 909 de 2004 y hace referencia a todo lo que tiene que ver con los cargos declarados desiertos; del mismo modo indica que el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se hiciera uso de lista de elegibles, pretendiendo dejar el uso con los mismos empleos, considerando ser inconstitucional pues que no respeta el estricto orden de Mérito; informa que el 16 de enero de 2020, la CNSC expide EL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la LEY 1960; Que dicha firmeza venció en noviembre de 2020, sin que se le hubiese dado la

posibilidad de un uso de lista de elegibles, vulnerando derechos como dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto de la Ley 1960 DE 2019; que, varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria 436 de 2017, no fueron provistas por parte de la CNSC y el SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades; informa que habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía habersele preferido al momento de la provisión del mismo, en atención al Principio de la Buena Fe, concretamente en el escenario de la contratación estatal; actualmente se encuentra como elegible para un cargo con la Denominación PROFESIONAL GRADO 3, lo que le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; con fecha 17 de junio de 2020 el SENA expidió un reporte con 170 vacantes nuevas, con las que, a su criterio no cuentan con listas de elegibles con las cuales se pueda hacer uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y con las que pretenden hacer un concurso mixto yendo en contra del principio de economía y austeridad; Que, los cargos presentan similitud funcional con el cargo al cual se presentó en la convocatoria con la denominación PROFESIONAL GRADO 3; que es imposible que de 170 vacantes en el SENA ninguno aplique funcionalmente para hacer un uso de lista de elegibles con las listas de la convocatoria 436 de 2017; teniendo en cuenta que la lista está vencida, afirma haber realizado seguimiento con otros elegibles a la página de la CNSC,

evidenciando que, todas las repuestas que han dado tanto la CNSC y el SENA, referente a la aplicación de la ley 1960 de 2019 y al USO de lista con el Banco Nacional de lista de elegibles, han sido las mismas para todos los peticionarios; así mismo indica que el 22 de septiembre de 2020, la CNSC, cambió el criterio unificado, donde después de que la entidad analizó el uso de lista de elegibles, aprobó su USO con empleos equivalentes, sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC, pretenden aplicarle solamente mismo empleo, yendo en contravía del DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO; que como se puede demostrar, existen mínimo 24 cargos VACANTES con la denominación de Profesional grado 3, que no fueron ofertados en la convocatoria 436 de 2017; finalmente expresa que las entidades tienen un deber legal de hacer uso de lista de elegibles con los cargos declarados desiertos y no ofertados, por lo tanto, así las listas de elegibles se encuentren vencidas no es un impedimento para realizar los nombramientos en periodo de prueba.

III. PRETENSIONES

Solicitó el señor William Javier delgado Montoya se amparen los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, y como consecuencia de ello se ordene a las accionadas Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC a nombrarlo en periodo de prueba.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

El 17 de agosto de 2021 se admitió la acción de tutela, ordenándose correr traslado de la demanda de tutela a las accionadas para que, en el término de dos (2) días hábiles a

partir del recibo de la comunicación presentaran las excepciones respecto de los fundamentos fácticos de la citada demanda.

V. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

5.1. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

La entidad accionada allegó respuesta a través del correo institucional del despacho el 19 de agosto de 2021, a través de la cual manifiesta que: “de conformidad con el acuerdo que rigió la Convocatoria 436 de 2017, el accionante se inscribió para participar en la conformación de la lista de elegibles para proveer una vacante de empleo de carrera identificado con el código OPEC No 60504, denominado Profesional, Grado 03. Terminadas las etapas de la convocatoria 436 de 2017, se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante identificado con el código OPEC No 60504 por medio de la Resolución No CNSC -20182120139955 del 17 de octubre de 2018, en la cual hace parte 23 ciudadanos, quedando el accionante en el sexto (6) puesto, por lo que la vacante fue suplida con la persona que ocupó el primer lugar. Informa que, la lista de elegibles que se conformó tendrá una vigencia de dos (2) años, la cual será utilizada en los diversos eventos que contempla la ley, como sería que el primero de la lista de elegibles no supere el periodo de prueba, que renuncie, que sea declarado insubsistente por no superar la evaluación de desempeño o sanción disciplinaria, entre otros eventos contemplado en la Ley 909 de 2004. Indica que el accionante, por ocupar el tercer lugar en la lista de elegibles, y por existir plazas vacantes, le asiste el derecho a ser nombrado en estos cargos, a pesar de que no concurso para ellos y tengan una OPEC diferente y requisitos, como la experiencia específica,

distintos, “A MAS DE QUE EXISTEN ELEGIBLES CON MEJOR DERECHO POR MERITO QUE EL ACCIONANTE”. Respecto lo anterior, es de resaltar que el parágrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, establece que la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Sobre esta disposición, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en concepto No 20192120127851 del 15 de marzo de 2019, entidad que de conformidad con el 130 de la Constitución Nacional, es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción hecha de las que tenga carácter especial, consideró:

“Bajo este marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), situación en la que se encontrarían las Listas de Elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No 436 de 2017 -SENA En este orden, se precisa que la lista de Elegibles se conforma por empleo por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos

en periodo de prueba, no reagrupa o integra lista de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas (...)”

Con relación a la provisión de los cargos cuyo concurso fue declarado desierto, la CNSC en comunicación No 20191020121341 del 12 de marzo de 2019, se pronunció en los siguientes términos:

“(...) Por lo tanto, el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito, ni los empleos declarados desiertos y en consecuencia, si Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones en la lista de elegibles para proveer el empleo (...) ofertado en la Convocatoria No 436 de 2017-SENA , se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista (...)”

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superen todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.”

Los anteriores argumentos, garantizan el principio de igualdad, que les asiste a todos los ciudadanos colombianos, que deseaban participar y confiaban en las reglas planteadas, al iniciar la Convocatoria 436 de 2017, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia T 829 de 2012, en el que precisó:

“la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que las listas de elegibles deben ser utilizadas para proveer únicamente los cargos ofertados, sin que sea posible su utilización para suplir otras vacantes existentes, dado que, de hacerlo, se estarían inobservando las reglas y condiciones de la convocatoria, lo que constituiría una transgresión a los derechos de los participantes y un desconocimiento de la naturaleza y razón de ser de las listas de elegibles. En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad”

Consecuentemente, no se vislumbra por parte de la entidad una vulneración a los derechos fundamentales esgrimidos por el accionante, por cuanto las actuaciones de la administración, en la aplicación del resultado de la convocatoria 436 de 2017, para conformar las listas de elegibles para proveer las vacante de los empleos de carrera administrativa en el SENA, se realizó conforme al procedimiento planteado previamente en los acuerdos de la CNSC, garantizando en igualdad de condiciones que todos los ciudadanos participaran y pudieran acceder a los cargos públicos, inscribiéndose en una sola OPEC. En consecuencia, argumentar la afectación de derechos fundamentales, para poder acceder en contravía de lo establecido en las reglas y condiciones de la convocatoria, es una grave afrenta a los derechos de la generalidad de los ciudadanos

Considera que no existe una vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte del SENA, quien tiene el deber legal de dar cumplimiento a las reglas de la convocatoria pública. Solicitando finalmente al Despacho, NEGAR POR IMPROCEDENTE las pretensiones del accionante, o en caso contrario DENEGAR LAS PRETENSIONES.

5.1. LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

La entidad accionada allegó respuesta a través del correo institucional del despacho el 24 de agosto de 2021, a través de la cual declara que: en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017 -

SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto. La aplicación “retrospectiva” de la Ley 1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiendo por esta, su inserción en el Diario Oficial. Bajo ese entendido, tenemos que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, dispone que esta “rige a partir de su publicación”, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

Así lo ha confirmado la Corte Constitucional.

En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia.

Así las cosas, como no se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad. Es claro que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio,

en atención a que dicho fenómeno solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA ya se encuentran agotadas. Es importante señalar que en cumplimiento a la mencionando norma, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP, a través de Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio de 2019, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica, así:

Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,

ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Ante lo expuesto, se tiene que las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos".

En cuanto al estado del accionante argumentó que; en el proceso de selección Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Profesional, Grado 3, identificado con código de OPEC No. 60504, ocupando la posición No. 6 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120139955 DEL 17/10/18, para proveer una (1) vacante del empleo referido. De igual manera que, el referido acto administrativo fue publicado el día 26/10/18, cobró firmeza el día 6 de noviembre de 2018, por lo que su vigencia fue hasta el 5 de noviembre de 2020, pudiendo ser evidenciado en la página web del Banca Nacional de Listas de Elegibles.

Bajo lo expuesto, se observa que el señor WILLIAM JAVIER DELGADO MONTOYA ocupó la posición cuatro (4) en la lista de elegibles conformada Resolución No. CNSC 20182120139955 DEL 17/10/18, en consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa. Recuérdese que la Lista de

elegibles venció el pasado 5 de noviembre de 2020, se informa al Despacho que no es procedente hacer uso de la misma, por cuanto el uso de las Listas de elegibles, como ya se expuso, se debe dar durante su vigencia. Es por esto por lo que el señor WILLIAM JAVIER DELGADO MONTOYA, se encontraba sujeto no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad. Por otra parte, en relación con los empleos de Profesional Grado 3 se informa que además se realizó solicitud de uso de lista de las siguientes OPEC: 57298 y 61581, a las cuales se les dio autorización para proveer algunas vacantes de “mismos empleos” en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, mediante No. 20201020532491 del 15 de julio de 2020; igualmente, se realizó solicitud de uso de lista de la OPEC No. 62034, a la cual se le dio autorización para proveer una vacante de “mismos empleos” en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, mediante No. 20201020602201 del 13 de agosto de 2020, anexos.

Con el fin de argumentar su dicho, la accionada expone:

“2.5. Empleo objeto del concurso. Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 60504 Denominado Profesional, Grado 3, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20182120139955 del 17 de octubre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de

Comisionados del 12 de julio de 2018 como lo instituido en el numeral 12 del artículo segundo del Acuerdo Nro. 0165 de 2020 estuvo vigente hasta el 5 de noviembre de 2020. **2.6.** Estado de Provisión de las vacantes ofertadas Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no ha reportado movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas, por tanto la vacante ofertada se presume provista con el elegible ubicado en las posición uno (1). **2.7. Estado actual de las vacantes definitivas.** Lo atinente al estado actual de las vacantes definitivas habrá de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de esta Comisión Nacional, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud. **2.8.** Reporte de vacantes de mismos empleos. Realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no ha reportado vacante adicional a las ofertadas en el marco de la

Convocatoria, que cumpliesen con el criterio de mismos empleos. **2.9.** Estado del accionante en el Proceso de Selección. Es menester señalar que en cohesión entre lo erigido en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el numeral 6 del artículo 2 del Acuerdo 165 de 2020 el accionante ya no ostenta la condición de elegible, no obstante, consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, entendido este como el sistema de información administrado por la CNSC, conformado por las listas de elegibles históricas y vigentes, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la Comisión, se corroboró que el señor William Javier Delgado Montoya ocupó la posición seis (6), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20182120139955 del 17 de octubre de 2018. En consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Es por esto por lo que el señor William Javier Delgado Montoya se encuentra sujeto no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad. **2.10.** Procedencia del uso de la lista. En el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles acaeció la pérdida de fuerza ejecutoria, así como por cuanto durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”.

Finalmente solicita que, con fundamento en lo anteriormente

relacionado, se declare la improcedencia de la presente acción, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados por la parte accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

VI. PROBLEMA JURIDICO

Determinar si las accionadas Comisión nacional de Servicio Civil - CNSC y Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, están vulnerando los derechos fundamentales invocados por el ciudadano William Javier Delgado Montoya, ante la conducta asumida.

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

7.1. ASPECTOS GENERALES

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para emitir el fallo correspondiente dentro de este asunto en atención al factor territorial y a la naturaleza jurídica de la entidad demandada.

Ahora, la tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiaria, residual y autónoma; dirigida a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas o excepcionalmente los particulares cuando estos presten servicios públicos, que vulneren los derechos fundamentales, que puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, para la pronta y efectiva defensa de los derechos constitucionales cuando ello resulte urgente

para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial, sobre los cuales no solo debe realizarse una simple enunciación sino que debe acreditarse siquiera sumariamente su efectiva consumación

7.2. Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de tutela.

7.2.1. Legitimación en la Causa por Activa.

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establecen que está legitimado para interponer la acción de tutela, *i)* el titular de los derechos fundamentales, caso en el cual no se exige de mayores formalidades, pues bastará demostrar que es la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de tales prerrogativas. Simultáneamente, se ha sostenido que podrá formular la acción de amparo una tercera persona, quien actuará a nombre del titular, siempre que se acredite alguna de las siguientes calidades: *ii)* que actúa como su representante legal, en razón de la edad, discapacidad o estado de interdicción del actor; *iii)* por medio de la figura de la agencia oficiosa, pues el titular no está en condiciones físicas o psicológicas para promover la tutela de sus propios intereses; *iv)* en su papel de apoderado judicial, caso en cual deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el poder para actuar en la causa y, por último, *v)* la condición de Defensor del Pueblo o personero municipal en los eventos autorizados por la ley.

En razón de lo anterior, se tiene que el accionante considera vulnerados sus derechos, en la medida en que, no ha sido nombrado en periodo de prueba haciendo uso de la lista de

elegibles.

7.2.2. Legitimación en la Causa por Pasiva

De igual manera, el artículo 86 del Carta Magna, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser instaurada en contra de cualquier autoridad pública o privada en los casos en que así lo señale la ley, que inobserve, vulnere o amenace la satisfacción de los derechos fundamentales de los asociados, tanto por acción como por omisión de los mismos.

Para el caso sub-júdice, la legitimación en la causa por pasiva está en cabeza de las accionadas, entidades que conforman la lista de elegibles y realizan el correspondiente nombramiento, ahora lo que se entrará a determinar, es si les asiste algún tipo de responsabilidad o no en este asunto.

7.2.3. Principio de Inmediatez

El principio de inmediatez en la forma como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, debe entenderse como un plazo razonable para interponer la acción de tutela, el cual será contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sin que con ello implique que haya un tiempo determinado para la procedencia de la acción, pues el artículo 86 de la Constitución Política, señala que *“toda persona tendrá acción de tutela en todo momento y lugar”* lo que quiere decir que no hay límite de tiempo para interponer la acción de amparo, no obstante, la jurisprudencia también ha señalado que no es admisible que el hecho vulnerador haya ocurrido en un momento determinado y

que sin justificación alguna el afectado ponga en movimiento el aparato judicial mucho tiempo después, pues la acción de tutela es un instrumento preferente y sumario, es decir, de acción inmediata.

Frente a este aspecto, se tiene que las causales que dieron origen a esta acción datan del año 2017 fecha a partir de la cual se apertura la Convocatoria 436, Acto Administrativo publicado el 26 de octubre de 2018, cobrando firmeza el 6 de noviembre del mismo año, por lo que su firmeza fue hasta el 5 de noviembre de 2020; la presente acción fue presentada el 13 de agosto de la presente anualidad, motivo por el cual no se ha cumplido un plazo razonable para la interposición de la acción de tutela, razón por la que este despacho considera que no se satisface el requisito de inmediatez.

7.2.4. Principio de Subsidiaridad.

El numeral 1° del Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991¹, establece como causal de improcedencia de la acción de tutela: *“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 encuentre el solicitante” ...*

Por su parte, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que la acción de amparo es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial que le permita al actor reclamar la protección de los derechos fundamentales, pero excepcionalmente es procedente cuando la vía ordinaria no sea

idónea y eficaz frente a las pretensiones del actor o que teniendo en cuenta tales pretensiones, la acción sea para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Al respecto de lo anterior, se cita un aparte de la Sentencia T-091 de 2018, que indica lo siguiente:

“La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”

Teniendo en cuenta los argumentos jurisprudenciales antes expuestos, se tiene que, en primer lugar, lo que el accionante busca es cuestionar el acta N° 18 de 31 de mayo de 2018. Controversia que deberá ser conocida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora, si bien se tiene que el tutelante presentó el concurso obteniendo un puntaje de 73.84, lo que lo ubicó en el puesto 6 de la lista de elegibles. En consecuencia, el paso a seguir por parte del accionante, era haber acudido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de uno de los medios de

control diseñados por el legislador para tal fin, como es la acción de nulidad de la convocatoria o del acto jurídico en el cual se fundamenta, sin embargo, el accionante no actuó de esa manera y, por el contrario, acudió directamente a la acción de tutela.

Sobre este punto, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia T-253-20

“Regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos”¹

1. Esta Corporación ha establecido que el estudio de procedencia de la acción de tutela, cuando el actor pretende controvertir un acto administrativo, debe considerar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– consagró los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, para el efecto.

Particularmente, cuando se trata de la lesión a un derecho subjetivo con ocasión de la expedición de un acto administrativo, el afectado puede acudir ante la administración de justicia con el objeto de solicitar la nulidad de tal actuación y, del mismo modo, que sea restablecido su derecho de conformidad al artículo 138 del citado código. Por lo tanto, al existir otros mecanismos judiciales para resolver las pretensiones del actor, la tutela se torna improcedente².

2. En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido, por regla general, la improcedencia de la tutela para controvertir actos administrativos³ en atención a: (i) la existencia de mecanismos judiciales ordinarios establecidos para controvertir las actuaciones de la administración en el ordenamiento jurídico; (ii) la presunción de legalidad que las reviste; y, (iii) la posibilidad de que, a través de las medidas cautelares, se adopten remedios idóneos y eficaces de

¹ Las consideraciones que se exponen en el presente acápite se retoman parcialmente de la Sentencia T-146 de 2019, con ponencia de la Magistrada Sustanciadora.

² Sentencia T-703 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Sentencias T-324 de 2015, M.P. Maria Victoria Calle Correa; T-972 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-060 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

*protección de los derechos en ejercicio de los mecanismos ordinarios*⁴.

A continuación, la Sala (i) presentará una breve descripción del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y (ii) se referirá a las medidas cautelares, entre las que se contempla la posibilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos objeto de censura.

*En primer lugar, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– contempla el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho**, a partir del cual “(...) toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho”. En este sentido, con base en la remisión a las causales de nulidad contenidas en el inciso segundo del artículo 137 de la misma ley, la nulidad procede cuando el acto administrativo:*

*“haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, **o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”*⁵.

*3. En la **Sentencia SU-355 de 2015**,⁶ este Tribunal se refirió a las medidas cautelares previstas en la codificación de lo contencioso administrativo, que regula su procedencia, tipología y trámite para su adopción por parte del juez administrativo. Una síntesis de las características básicas de estas medidas se expone a continuación:*

(i) El ámbito de aplicación de las medidas cautelares, conforme al artículo 229 del CPACA, se extiende a todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, el juez puede decretarlas a petición de parte, antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del trámite, cuando lo estime necesario para la protección y garantía provisional del objeto del proceso o para la efectividad de la sentencia;

(ii) El artículo 230 de esa normativa estableció que las

⁴ Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. El resaltado es de la Sala.

⁶ M.P. Mauricio González Cuervo.

medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. En este sentido, el juez puede (a) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo y (b) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza;

(iii) El artículo 231 fija las condiciones para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, cuando se pretenda su nulidad; y,

(iv) El artículo 232 establece que no se requerirá prestar caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos;

(v) Finalmente, las medidas cautelares pueden ser ordinarias o de urgencia. Las primeras podrán adoptarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, mientras que las segundas podrán dictarse desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la contraparte⁷.

4. De igual manera, la **Sentencia SU-691 de 2017**⁸ concluyó que, por regla general, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con los instrumentos procesales idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales, materializados en el conocimiento del asunto por jueces especializados y en el decreto de medidas cautelares de protección.

Sin embargo, lo anterior no implica la improcedencia automática de la acción de tutela, puesto que los jueces constitucionales tienen la obligación de establecer la idoneidad y eficacia de los medios judiciales ordinarios y extraordinarios, en relación con las circunstancias particulares de cada caso concreto.

5. En suma, el ordenamiento jurídico ha previsto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para verificar la legalidad de las actuaciones de la administración. Esta herramienta prevé, dentro de su estructura procesal, la

⁷ En relación con las medidas cautelares de urgencia, la autoridad judicial podrá adoptarlas cuando, verificadas las condiciones generales previstas para su procedencia, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite descrito previamente. En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 234 del CPACA, dicha decisión será susceptible de los recursos a los que haya lugar y la medida decretada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en la providencia que la ordena.

⁸ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

posibilidad de decretar medidas cautelares que comprenden la suspensión provisional del acto administrativo objeto de reproche. No obstante, el juez constitucional debe determinar, en cada caso particular, si el mecanismo judicial ordinario es idóneo y efectivo, para la protección de derechos fundamentales”.

De otra parte, como ya se mencionó en párrafos anteriores, la acción de tutela es procedente de manera excepcional ante la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional, no obstante, la H. Corte Constitucional ha señalado que no solo basta con indicar dicho perjuicio, sino que debe demostrarlo sumariamente, de tal manera, que el juez advierta con un alto grado de certeza tal situación y como consecuencia de ello, se estudien de fondo las pretensiones del accionante.

Respecto de tal perjuicio, el accionante ni siquiera hizo mención de tal situación en su escrito de tutela, pues se enfocó en señalar que se ordene su nombramiento en periodo de prueba, pero en ningún momento demostró que con las actuaciones adelantadas por las entidades se le causara un perjuicio irremediable, o que con la decisión adoptada por las citadas, ocurriera tal situación, aunado a lo anterior es de anotar que nombró de la lista de elegibles a la persona que ocupó el primer lugar en el concurso, hecho que demuestra aún más que la acción de tutela no es el mecanismo judicial acorde para las pretensiones del accionante ya que estaría, este estrado judicial ante la ocurrencia de un hecho consumado, es decir, en donde la acción de amparo no tendría efecto alguno, esto por cuanto la decisión de la administración, en este caso, el SENA y CNSC, ya está ejecutada.

Conforme lo anterior, concluye este estrado judicial que, el accionante sí cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos presuntamente vulnerados, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, jurisdicción en donde el Juez Natural cuenta con todas la herramientas necesarias para determinar si hay lugar a declarar la nulidad de las actuaciones surtidas por las accionadas con ocasión de la expedición del Acto Administrativo (convocatoria 436 de 2017), o si por el contrario, tales actuaciones se adelantaron conforme a derecho, además, tampoco está demostrado al interior del plenario la ocurrencia de un perjuicio irremediable en el cual acaecería al accionante con ocasión de la decisión adoptada por la entidad accionada, es decir, que la presente acción tampoco se tornaría procedente ni siquiera de manera transitoria.

Con los anteriores argumentos queda claro que, si bien es cierto que esta acción superó los requisitos de procedencia frente a la legitimación en la causa de ambas partes, también lo es que no sobrepasó los requisitos de inmediatez y subsidiaridad, los cuales son necesarios para efectuar un estudio de fondo a las pretensiones del accionante y con ello determinar si se están vulnerando derechos fundamentales o no, en consecuencia, esta acción de tutela se DECLARARÁ IMPROCEDENTE.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DEL DISTRITO DE BOGOTÁ D.C.**, en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela instaurada por el señor WILLIAM JAVIER DELGADO MONTOYA, identificado con la C.C. No. 86.043.431, contra la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión en los términos estipulados por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si el presente fallo no fuere impugnado remítanse las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para una eventual revisión, de regresar el expediente excluido de revisión, archívese el mismo sin nuevo auto que lo ordene.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FERNANDO GONZÁLEZ

JUEZ

Firmado Por:

Nancy Johana Tellez Silva

Secretario Circuito

Laboral 030

Juzgado De Circuito
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2361e8cd18166f479e2dbbdf715972561182201278806b65c
5680fa5ea3ccf82

Documento generado en 26/08/2021 08:07:51 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>