REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	**Alexandra Ossa Sánchez**
Radicación	11001 31 09 009 2021 00279 02
Accionante	Marian Yarith Carvajal Castellanos
Accionado	Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA
Derechos	Dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo y el acceso a cargos y funciones públicas
Decisión	Revoca y Ampara
Aprobado acta n.°	36
Fecha	Bogotá D.C., siete (07) de marzo de dos mil veintidós.

ASUNTO

Conoce la Sala la impugnación interpuesta por Marian Yarith Carvajal Castellanos, contra el fallo de tutela proferido el 31 de enero de 2022, por el Juzgado 9° Penal del Circuito de la ciudad, mediante el cual declaró improcedente la solicitud de amparo de los derechos a la dignidad humana, igualdad, petición,

trabajo, debido proceso administrativo y el acceso a cargos y funciones públicas.

ACONTECER FÁCTICO

La parte activa de la acción solicitó, como primera medida, se dispusiera la acumulación de esta actuación constitucional, a la que cursa en el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad Sección Segunda de Bogotá, por tratarse de acciones de tutelas masivas con identidad fáctica. Lo anterior, en aplicación del artículo 2.2.3.1.3.1. del Decreto 1069 de 2015.

Del extenso escrito de tutela se extracta para los fines que interesa enfatizar, que la ciudadana Marian Yarith Carvajal Castellanos participó en la convocatoria 436 de 2017, promovida por el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- a través de la Comisión Nacional de Servicio Civil, inscribiéndose para el cargo identificado en la oferta pública de empleos n.º 59093 (Regional Boyacá), denominado instructor código 3010, grado 1.

Señala que en la lista de elegibles para dicho cargo ocupó el cuarto lugar, por lo que considera tiene derechos adquiridos en la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el mismo empleo, en equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel, ello, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, esto además, por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil, declaró desiertos varios cargos con la denominación

instructor código 3010, grado 1, los cuales presentan similitud funcional, con el cargo para el que se postuló.

Aduce que la lista de elegibles que integra en cuarto lugar con 55.21 puntos, fue expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante resolución de lista de elegibles n°. 20182120193945 de 24 de diciembre de 2018, con firmeza individual a partir del 15 de mayo de 2020, para proveer una vacante de la OPEC n.º 59093 (Regional Boyacá), con vigencia de dos años.

En el mismo sentido, señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la obligación de conformar, organizar, manejar el banco nacional de lista de elegibles para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen con posterioridad a la firmeza de las listas.

Agrega que el 16 de enero de 2020, la CNSC expidió el criterio unificado *«uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019»* donde hizo claridad sobre la obligatoriedad de hacer el uso de la lista de elegibles, para proveer los cargos que no fueron ofertados al inicio de la convocatoria o creados luego de la entrada en vigencia de la mencionada Ley.

Censura que aunque en la entidad convocante existen varios cargos de la denominación para la cual concursó, los mismos no han sido ofertados, coartando la posibilidad de hacer

uso de la lista de elegibles, razón por la cual considera vulnerados sus derechos fundamentales, puesto que tiene derecho al nombramiento en un cargo igual o similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria de 2017, no fueron provistos en carrera.

Por las anteriores razones, pretende el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo y el acceso a cargos y funciones públicas y que se ordene de manera inmediata a las accionadas, verificar en la planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de instructor código 3010, grado 1, identificado con la OPEC 59093 (Regional Boyacá), proceder a proveerlos con los elegibles y suspender el término de vigencia de la lista de elegibles

EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado 9º Penal del Circuito, previo a resolver de fondo, negó la acumulación solicitada en virtud de que la titular del Juzgado 12 Administrativo de Bogotá informó que no le era posible avocar el conocimiento sobre la tutela promovida por Marian Yarith Carvajal Castellanos, en atención de que la demanda constitucional instaurada no guarda relación con el cargo y la OPEC objeto de análisis y fallo en ese Despacho.

Superado lo anterior, consideró que en la presente demanda no se encuentra satisfecho el requisito de procedibilidad ge-

neral referido a la inmediatez, toda vez que la lista de elegibles conformada por la demandante data del 24 de diciembre de 2018 y su firmeza individual del 15 de mayo de 2020, desde esta última fecha, destacó el *a quo,* transcurrió un año y seis meses, hasta la presentación de la solicitud de amparo, lo que desnaturaliza el carácter de protección inmediato del mecanismo.

Adicional, no halló que se concretara alguna situación de fuerza mayor o caso fortuito y la accionante no hizo mención a circunstancia concreta que justificara el amplio transcurrir del tiempo, desde el momento de la presunta vulneración, a saber, la firmeza de la lista de elegibles y la interposición de la demanda constitucional.

Consideró incumplidos los presupuestos para aplicar la excepción al requisito de inmediatez, en los términos fijados por la Corte Constitucional, esto es, que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales permaneciera a la fecha, pues según fue informado por las accionadas, no existen más vacantes a proveer y la actora no allegó elementos de juicio que demostraran lo contrario.

Por último, sostuvo que Marian Yarith Carvajal Castellanos, no acreditó que se encontrara en una situación de debilidad manifiesta, impeditiva de acudir con mayor prontitud en defensa de sus derechos.

Por los anteriores razonamientos, declaró la improcedencia de la solicitud de protección.

LA IMPUGNACIÓN

Sostiene la actora que el medio de defensa ordinario no constituye un mecanismo de defensa eficaz, en tanto no garantiza la efectividad de sus derechos, en virtud de la etapa en la que se encuentra el proceso de selección.

En general, la accionante censura el fallo de primera instancia por no tener en cuenta los pronunciamientos de las altas cortes en los que admiten la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, circunstancia fáctica idéntica a la de este caso. Transcribe varios apartes de pronunciamientos de la judicatura y extractos normativos, que en su sentir son aplicables a este trámite constitucional.

Frente al paso del tiempo para acudir a la acción de tutela, censuró de manera general que esa hubiese sido la razón en la que se estructuró la decisión de primera instancia, insistiendo en que no era necesaria la presentación de peticiones para que Marian Yarith Carvajal Castellanos fuera nombrada en periodo de prueba y en que se encuentra acreditada la existencia de cargos similares al que participó en la convocatoria, pero ocultados por el SENA.

Acorde con lo expuesto, insistió en el amparo de las prerrogativas fundamentales y en las pretensiones formuladas en el escrito introductorio.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El despacho de la magistrada ponente, mediante auto del 17 de enero de 2022, declaró la nulidad de la actuación surtida en primera instancia, al considerar que desde la presentación de la solicitud de amparo, la parte activa del litigio, demandó la acumulación de la actuación a la tramitada en el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad Sección Segunda de Bogotá, no obstante, sobre ese último aspecto la funcionaria *a quo*, omitió pronunciarse en el curso del proceso constitucional, lo que claramente estructura una causal de nulidad por ausencia de motivación, ante la evidente inexistencia de argumentación, requerimiento atendido por la falladora de primer nivel, en la decisión objeto nuevamente de impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la competencia.

De acuerdo con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para pronunciarse respecto de la impugnación interpuesta contra la decisión adoptada el 31 de enero de 2022, por ser el superior funcional del Juzgado 9° Penal de Circuito de Bogotá.

Análisis de fondo.

La acción de tutela fue consagrada en el artículo 86 de la Carta de 1991 para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente señalados por el legislador.

Para su procedencia es necesario que se cumpla, entre otros requisitos, el de subsidiariedad, consistente en que el demandante, previo a acudir a esta vía excepcional, agote todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, salvo que acredite que estos carecen de idoneidad y eficacia ante la inminente configuración de un perjuicio de naturaleza irremediable, caso en el cual la protección se hace posible con carácter transitorio.

Sea lo primero indicar, que Marian Yarith Carvajal Castellanos pretende la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo y el acceso a cargos y funciones públicas, los que considera vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje; ello, por cuanto aduce que luego de participar en la convocatoria 436 de 2017, obtuvo el cuarto puesto para el cargo denominado instructor código 3010, grado 1, y pese a que varias de las vacantes ofertadas y no ofertadas en el proceso de selección no han sido provistas, no se le

brindó la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles, pese a estar en cuarta posición.

En ese sentido, arguye que conforme con el Acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, les corresponde a las entidades accionadas hacer uso de dicha lista de elegibles con cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Como primera medida, precisa la Sala, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos dentro de un concurso de méritos, con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha puntualizado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, toda vez que para debatir la legalidad de aquellos, el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda, las medidas cautelares que se consideren necesarias, lo que lo torna en un medio eficaz.

Postura reafirmada por la misma Corporación en sentencia SU-553/15, donde fijó derroteros sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable ante la pérdida de vigencia de las listas de elegibles, situación que se vislumbra en el caso que nos ocupa, toda

vez que la lista de la que hace parte la accionante se encuentra a 2 meses y 15 días de su vencimiento.

Precisó igualmente la Corte Constitucional, que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo de este, exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

En el caso sub examine, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, dentro de la Convocatoria 436 de 2017- SENA, se encontraba el identificado con código OPEC 59093 (Regional Boyacá), denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante.

Marian Yarith Carvajal Castellanos participó en el concurso de méritos para ocupar el mencionado cargo de la Regional Boyacá; no obstante, al haber ocupado el cuarto lugar en la lista de elegibles, no fue nombrada, toda vez que se designó a la persona que ocupó el primer puesto, por tener mejor derecho que ella.

La discusión entonces se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Ele-

gibles y el agotamiento de las mismas, puesto que la precitada considera que tiene expectativas fundadas por conformar dicho registro.

Pertinente es indicar que el parágrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017, dispone que *"…una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas durante su vigencia, solo podrán 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."*

Conforme la norma transcrita, las vacantes que se encuentren como *"no convocadas"* no son susceptibles de surtirse con las listas de elegibles actuales, en cuanto la actora no concursó para ninguno de esos cargos, siendo improcedente su solicitud de ser nombrada en uno de ellos.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, el legislador aprobó la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional, para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente ofertados y provistos con quienes conforman el registro del concurso.

En efecto, señala el artículo 6.º de la precitada ley que modificó el artículo 41-4 de la Ley 909 de 2004:

> *"…Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> *Artículo 31. El proceso de selección comprende:*
> *(…)*
> *4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrán una vigencia de dos (2) años.* ***Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad…"*** (Subraya de la Sala)

De lo anterior, surge evidente que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Ahora bien, respecto de la retrospectividad de la aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, obligada es la remisión a la sentencia T-340 de 2020, en la que la Corte Constitucional precisó que la referida ley se aplica con efecto retrospectivo.

En efecto, señaló la alta corporación, que la lista de elegibles vigente debe utilizarse, para proveer las vacantes definitivas tanto de los cargos ofertados, como de las vacantes que no fueron convocadas, ello bajo dos presupuestos: (i) que los cargos sean equivalentes, y que (ii) las vacantes definitivas de cargos no convocados surjan con posterioridad a la convocatoria.

Bajo las anteriores premisas, es claro que el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley, a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes.

En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En el presente asunto, la actora es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120193945 del 24 de diciembre de 2018 (vigente) y no ha sido nombrada en período de prueba, por lo tanto, el derecho aún no se ha consolidado, siendo procedente la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Bajo este panorama, no le asiste razón al juzgado de primera instancia al negar la tutela por falta de inmediatez, indicando que el hecho vulnerador de derechos ocurrió el 15 de

mayo de 2020, momento para el cual la lista cobró firmeza individual, pues desconoce el *a quo* que la Corte Constitucional en Sentencia T-038 de 2017, señaló que una de las excepciones a dicho principio consiste en que a pesar del paso del tiempo la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanezca, hipótesis que se materializa en el presente caso, toda vez que las entidades accionantes se mantienen en la negativa a dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, lo que sin duda vulnera los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima de Marian Yarith Carvajal Castellanos.

Por último, aunque la accionante enuncia que las accionadas están afectando su derecho a la dignidad humana, igualdad y petición, ningún sustento fáctico se encuentra en la demanda de amparo y tampoco advierte la Sala que Marian Yarith Carvajal Castellanos hubiera recibido un tratamiento diferencial frente a otras personas en idéntica situación, o que el SENA y la CNSC hubieran omitido responder solicitudes presentadas por ella.

Por lo anterior, se revocará el fallo impugnado y en consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados en el Departamento de Bo-

yacá, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59093, al cual concursó la accionante.

Cumplido lo anterior y de ser procedente, en el término de los diez (10) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, consolidarán una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados en el departamento de Boyacá, que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59093, tal como lo dispone la Ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los tres (3) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA nombrará en período de prueba a Marian Yarith Carvajal Castellanos, **siempre y cuando ésta tenga el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados, de acuerdo con la lista previamente elaborada.**

Aclara la Sala que el nombramiento de Marian Yarith Carvajal Castellanos, depende del cumplimiento de las condiciones previamente descritas, por cuanto solo de existir en la Regional Boyacá del SENA vacantes en cargos equivalentes al que esta aspiró (OPEC 59093), proseguirá la consolidación de la lista con quienes conforman el registro actual de elegibles. Así mismo, el nombramiento estará supeditado a que reconformada la lista, no confluyan personas con mejor derecho al de ella.

No sobra advertir a las entidades accionadas, que los términos otorgados en el fallo deberán observarse estrictamente, con miras a que lo antes dispuesto se materialice en vigencia de la lista de elegibles, pues vencida esta, desaparecen los aspectos factuales que sustentan la decisión.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión impugnada, por las razones previamente expuestas. En su lugar, conceder el amparo judicial para los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

En consecuencia, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados en el departamento de Boyacá, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59093, al cual concursó la accionante.

Cumplido lo anterior y de ser procedente, en el término de los diez (10) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio

Civil –CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA consolidarán una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados en el Departamento de Boyacá**,** que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59093, tal como lo dispone la Ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los tres (3) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA nombrará en período de prueba a Marian Yarith Carvajal Castellanos, **siempre y cuando ésta tenga el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados, de acuerdo con la lista previamente elaborada.**

SEGUNDO: ADVERTIR que contra la presente decisión no proceden recursos, por consiguiente, envíese el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

ALEXANDRA OSSA SÁNCHEZ
Magistrada

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER
Magistrado

ALBERTO POVEDA PERDOMO

Magistrado