



JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

Popayán (Cauca), quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

*Ref. Sentencia de tutela No. 120 (primera instancia)
Accionante: Hernán Darío Legarda Vidal
Apoderado: Jhon Francis Cabrera N.
Entidades demandadas: Comisión Nacional del Servicio Civil y SENA
Radicación: 19001 31 09 003 2020 00406 00*

MOTIVO DE DECISION

Se pronuncia el juzgado sobre la acción de tutela impetrada a través de apoderado por el señor Hernán Darío Legarda Vidal, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 76.314.424 de Popayán, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, trámite al cual se vinculó a los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, código OPEC No. 58406, denominado nivel instructor, código 3010, grado 1, así como también al señor Vladimir Fabián Rivera Gómez y a la señora Leidy Alexandra Jaramillo Martínez.

SITUACION FACTICA

Indica el apoderado del accionante que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 3.766 empleos, con 4973 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, a la

cual se inscribió su poderdante Hernán Darío Legarda Vidal, para optar al cargo de nivel instructor en la especialidad del área temática de gestión administrativa Regional Cauca, código 3010, grado 01, No. OPEC 58406, para lo cual existían en el SIMO tres vacantes.

Señala que una vez adelantadas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil procedió a conformar la lista de elegibles, que para el caso concreto se hizo mediante la Resolución No. CNSC-20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, quedando conformada en orden descendente por Ángel Aníbal Obando, Cesar Augusto Rivera Cardona, Leydi Alexandra Jaramillo Martínez y Hernán Darío Legarda Vidal, acto administrativo que adquirió firmeza el 15 de enero de 2019.

Da cuenta que los señores Vladimir Fabián Rivera Gómez y Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, según respuesta emitida al accionante el 26 de noviembre de 2020, fueron nombrados por el SENA mediante Resoluciones Nos. 19-00489 y 19-00490 del 11 de septiembre de 2020 (IDP 4205 y 8699), en el cargo de instructores del Centro de teleinformática y producción industrial, indicándole además que se sumó una vacante a la OPEC por similitud de funciones para hacer uso de la lista de elegibles, por lo que se evidencia una inconsistencia, ya que la convocatoria inicial era para proveer tres vacantes; la lista de elegibles sale para dos vacantes, posteriormente se adiciona la tercera pero por equivalencia de cargos, toda vez que tiene ID diferente.

Sostiene que los señores Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado promovieron acción de tutela en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil, demanda negada en primera instancia por el Juzgado 31 Administrativo de Medellín, siendo revocada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 15 de septiembre de 2020, ordenándole a las dos entidades efectuaran el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953 y posteriormente, de ser procedente, se debía efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los cargos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos

relacionados con dichas OPEC, procediendo posteriormente al estudio de los requisitos mínimos y nombramiento respectivo, fallo que señala no resulta vinculante para el señor Legarda pero que se debe tener en cuenta porque allí se consideró pertinente el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, respecto de los empleos relacionados en una determinada OPEC dentro de la convocatoria 436 de 2017.

Puntualiza que, atendiendo dicha orden judicial, la CNSC profirió la Resolución No. 10239 del 14 de octubre de 2020, la cual si bien tampoco es vinculante para el señor Hernán Darío Legarda Vidal tiene relación con situaciones relevantes, destacándose que antes de la orden judicial impartida el 15 de septiembre de 2020, de unificar la lista de elegibles para el cargo de instructor, el SENA Cauca hizo nombramientos en la territorial Cauca en dos cargos no ofertados, uno de ellos utilizando la lista de elegibles a la cual pertenece el accionante y equivalencia de cargos, nombrándose a la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, tercera en la lista de elegibles para la OPEC 58406 ID 8399, pero en Resolución No. 10239 de octubre 14 de 2020, el ID 8399 indica que corresponde a la OPEC 119594 y no a la 58406, por lo que aún existe una vacante en la OPEC 58406.

Pregona que sorpresivamente en otra OPEC se nombró al señor Vladimir Fabián Rivera Gómez, quien se encuentra en la lista de elegibles de la OPEC 59436, por lo que dicho nombramiento y el de la señora Leydi Alexandra Jaramillo, nombrados mediante Resoluciones Nos. 19-00489 y 19-00490 del 11 de septiembre de 2020 (IDP4205 y 8699), no atendieron a la orden judicial citada y que ordena que las vacantes no reportadas u ofertadas para el nivel de instructor se suplan con listas de elegibles unificadas, tratándose de nombramientos en virtud de motivos y motivación diferente.

Resalta que dentro de la planta de personal sigue vacante, pero no ofertado, el cargo de instructor, Centro Comercio y Servicios, bajo el ID 3126, cargo convocado a ocuparse por encargo, por lo que bajo ese contexto, su mandante Hernán Darío Legarda Vidal es el llamado a ocupar el cargo ID 3126 por ahora ocupar el primer puesto de la lista de elegibles para el cargo de instructor en SENA Cauca,

OPEC No. 58406, máxime que conforme al principio de favorabilidad, el actor viene ocupando el cargo de instructor mediante contrato de prestación de servicios desde hace siete (7) años, por lo que su nombramiento debe hacerse en un cargo en sede SENA Territorial Cauca.

Manifiesta que el señor Legarda ocupa el primer puesto en la lista de elegibles para el cargo de instructor SENA Cauca OPEC No. 58406, o en cualquiera del concurso o que se llegue a liberar en la Regional Cauca, presentando peticiones a las entidades accionadas el 14 de septiembre de 2020 ante el SENA, respondida el 4 de septiembre de este año; petición del 15 de octubre de 2020 ante el SENA y CNSC, respondiendo esta última entidad el 11 de noviembre del presente año y petición del 18 de noviembre de 2020 ante el SENA.

Reseña que, según la Corte Constitucional, para controvertir los actos dictados en ejecución de los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional tiene sentado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativo, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no resultan ser mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración connatural a ellos. Por ello, agrega, en el presente caso debe admitirse la procedencia de la acción constitucional, en tanto con su interposición se cuestiona la motivación esgrimida en el curso o trámite de una lista de elegibles, contenida en la Resolución No. CNSC-20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, la cual está próxima a perder vigencia el 15 de enero de 2021, toda vez que fue publicada el 24 de diciembre del año pasado, adquiriendo firmeza el 15 de enero de 2019.

Solicita se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la carrera administrativa por mérito, trabajo en condiciones dignas, debido proceso administrativo y confianza legítima del señor Hernán Darío Legarda Vidal. De manera puntual pide:

“SEGUNDO: Ordenar a la Comisión Nacional del Servicios Civil y a SENA- Territorial Cauca para que en el término de diez (10) días,

nombre en período de prueba el señor HERNÁN DARÍO LEGARDA VIDAL, identificado con cédula de ciudadanía Nro. Nro. 76314424, expedida en Popayán, para que provea la vacante definitiva de nivel instructor, cargo identificado bajo el ID 3126 con, por cuanto, a la fecha de ésta acción mi mandante ocupa el primer puesto en la lista de legibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20182120180075 DEL 24-12-2018.

TERCERO: En caso que lo anterior no sea posible, subsidiariamente solicito, ordenar a la Comisión Nacional del Servicios Civil y SENA – Territorial cauca d, nombre en período de prueba a mi mandante el señor HERNÁN DARÍO LEGARDA VIDAL, identificado con cédula de ciudadanía Nro. Nro. 76314424, expedida en Popayán en una de las vacantes de nivel instructor para las cuales se efectuó el concurso – convocatoria 437 de 2017 o en su defecto en una de las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad, por cuanto, a la fecha de ésta acción el señor LEGARDA VIDAL ocupa el primer puesto en la lista de legibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20182120180075 DEL 24- 12-2018.”

Como medios de prueba aporta:

1. Acuerdo No. CNSC- 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la plata de personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, convocatoria No. 436 de 2017-SENA.
2. Acuerdo No. CNSC- 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, por el cual se modifican los artículos 3° y 10° del Acuerdo 20171000000116 de 2017.
3. Acuerdo No. CNSC- 20171000000156 del 19 de octubre de 2017, por el cual se corrigen errores formales de digitación, transcripción u omisión de palabras en el ingreso de información de 30 empleos de la oferta pública de empleo – OPEC de la convocatoria 436- 2017 SENA.
4. Acuerdo No. 20181000000876 del 19 de enero de 2018, por el cual se corrigen errores formales de digitación transcripción u omisión de palabras en el ingreso de información de 217 empleos de

la oferta pública de empleo – OPEC de la convocatoria 436- 2017 SENA.

5. Acuerdo No. CNSC-20181000001006 del 8 de junio de 2018, por el cual se aclaran los artículos 41 y 43 del Acuerdo No. CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017.

6. Pantallazo de inscripción a la convocatoria No. 436 de 2017.

7. Contrato de prestación de servicios No. 19-CO1.PCCNTR.1281051 de 2020.

8. Contrato de prestación de servicios No. 00020 de 2019.

9. Pantallazo de remisión de la respuesta emitida por el SENA, correo del 18 de noviembre de 2020.

10. Petición del 14 de octubre de 2020, radicado No. 20203201112732, dirigida a la CNSC.

11. Petición del 18 de noviembre de 2020, dirigida al SENA.

12. Petición del 14 de octubre de 2020, dirigida al SENA.

13. Petición del 14 de septiembre de 2020, enviada al SENA.

14. Resolución No. CNSC - 20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conforma lista de elegibles para proveer dos vacantes del empleo OPEC No. 58406, denominado Instructor, código 3010, grado 1 del SENA.

15. Resolución Nro. 10239 del 14 de octubre de 2020 de la CNSC, dando cumplimiento al fallo de tutela del Tribunal Administrativo de Antioquia, siendo demandantes los señores Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado.

16. Respuesta emitida el 6 de noviembre de 2020 por la CNSC.

17. Respuesta emitida el 25 de noviembre de 2020 por el SENA.

DE LA COADYUVANCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Dado que el trámite de la presente acción de tutela fue notificado en el portal web de la CNSC y de la Rama Judicial, tres ciudadanos interesados en el resultado del proceso solicitaron la participación en el mismo, a fin de coadyuvar las pretensiones del señor Hernán Darío Legarda Vidal. Ellos son:

1. El señor Cristhian Felipe Salinas Cruz, en su condición de tercero interesado en la presente acción de tutela, coadyuva el amparo solicitado por el señor Hernán Darío Legarda Vidal, indicando que las entidades demandadas violan igualmente sus derechos constitucionales consagrados en nuestra Carta Política.

Da cuenta que se inscribió a la convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, para el empleo de profesional grado 2, de la OPEC 61403, ocupando en la lista de elegibles el puesto No. 2, quedando de primero ahora debido a la recomposición automática de la lista.

Indica que ha solicitado al SENA se le otorgue un amparo con efectos del fallo proferido por el Consejo de Estado siendo accionantes los señores Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, así como también ha solicitado al SENA realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de lista de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 61403, para proveer, según posición de mérito y cumplimiento de requisitos mínimos, el cargo de profesional grado 2, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema de carrera administrativa, que realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 61403 con las vacantes definitivas no convocadas y de ser viable, remita autorización de uso de listas de elegibles de la OPEC citada.

Para fundamentar la coadyuvancia de la presente acción de tutela se refiere al criterio unificado para empleos equivalentes de septiembre 22 de 2020, indicando que allí no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en que se firmó el acuerdo de la convocatoria, aplicando en consecuencia para todas ellas, incluyendo la del concurso en el cual participaron, criterio expedido después de la sentencia T-340 de agosto 21 de 2020.

Cita varios fallos de tutela de segunda instancia que contemplan la utilización de empleos equivalentes o cargo equivalentes, en algunos de ellos teniendo en cuenta la sentencia T-340.

Finaliza diciendo que ve con preocupación y mala fe el nombramiento de empleos en encargo y provisionales por el SENA, donde se cuenta con lista de elegibles para usar y no las utiliza.

Aporta los siguientes documentos:

a. Fallo de tutela de noviembre 18 de 2020 del Tribunal Administrativo de Antioquia, radicado 050013333019202000221-01, accionante Hernando Andrés Sánchez Castaño.

concurso

b. Fallo de tutela del 30 de noviembre de 2020, dictado por el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá, siendo accionante la señora Graciela Pulido León, con efectos “inter comunis”.

2. Damaris Gómez Díaz informa que se inscribió a la convocatoria 436 de 2017 – SENA, para el empleo de profesional grado 2, de la OPEC 61401, ocupando la segunda posición, pero por recomposición automática de la lista se encuentra en el primer lugar.

Hace las mismas precisiones que el señor Cristhian Felipe Salinas Cruz, difiriendo en cuanto al cargo para el cual concurso, correspondiendo a la OPEC 61401, señalando que en la entidad existen varias vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme a la Ley 1960 de 2019, sin que se haya procedido a lo solicitado.

En su concepto, las vacantes no convocadas o no reportadas o no ofertadas o los empleos nuevos que surgen con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017 SENA, priorizan ser ocupados por mérito a través del uso de listas generales de elegibles, ya que muchos de estos empleos con similitud funcional tienen la misma denominación,

código, grado, salario, propósitos, funciones y misma área temática, incluso la misma forma de prueba. El no autorizar uso de listas de elegibles con otros empleos de similitud funcional, a través de una lista general de elegibles por área temática como ya se ha hecho, y o preferir llevarlos a un nuevo concurso, es una postura arbitraria a todas luces y sin lugar a la duda razonable Inconstitucional, pues el artículo 125 Superior y en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, se establece que el mérito es el único medio y exclusivo, principio rector de acceso a la carrera administrativa, es un principio constitucional que se obtiene a través de las fases de un concurso en el que se determinan unas pruebas en las que finalmente ponderadas, los elegibles obtienen una puntuación, una mayor calificación meritoria donde se evalúan sus competencias conforme a parámetros objetivos y con eso se determina el mérito para escoger conforme a los fines del Estado, a los más idóneos, competentes y de mejores calidades, o sea a quien en un concurso para un mismo empleo o empleo con similitud funcional tenga el mayor puntaje y para eso fue hecho el concurso, para eso son las listas de elegibles, la vigencia de las listas de elegibles y el Banco Nacional de Listas de Elegibles, que según la Ley 909 debe administrar la CNSC.

3. José Ferney Montes Moreno se refiere en términos similares a los anteriores concursantes, indicando que participó en la convocatoria 436 de 2017 – SENA, para el empleo nivel instructor grado 1, código 3010, OPEC No. 59772, dando cuenta de algunas vacantes no ofertadas para proveerlas.

Cabe resaltar que los antes nombrados ya se habían hecho partícipes de otro proceso de tutela, como terceros interesados, concretamente dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Hernando Andrés Sánchez Castaño, conocida en primera instancia por el Juzgado 19 Administrativo de Oralidad de Medellín, proceso radicado bajo el No. 05001 33 33 019 2020 00221 00, actuación conocida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad, Corporación que en decisión del 18 de noviembre de 2020 aceptó la coadyuvancia de los antes nombrados y otros partícipes, confirmando el fallo de primera instancia proferido el 16 de octubre de este año, en donde se resolvió:

“SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional los Criterios Unificados emitidos por la CNSC de 16 de enero y 6 de agosto de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 61424, al cual concursó el accionante.

CUARTO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de diez (10) días hábiles siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

QUINTO: Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

SEXTO: ORDENAR al SENA que una vez consolide la lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, en el término de cinco (5) días hábiles, contestará de fondo las solicitudes contenidas en los numerales 1 a 4 de la petición elevada por el actor el 13 de septiembre de 2020.

SÉPTIMO: ORDENAR a la CNSC publicar esta decisión en el portal web de la institución.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA da cuenta de la convocatoria No. 436 de 2017, indicando que para el momento de la inscripción/registro SIMO se encontraba el total de dos (2) vacantes del empleo de la OPEC 58406, no siendo cierto lo afirmado por el actor en cuanto a la existencia de tres vacantes, generándose la Resolución CNSC 20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, a través de la cual se conformó la lista de elegibles para las dos vacantes disponibles, con las personas que ocuparon los dos primeros lugares en orden de méritos, siendo nombrados en el

Centro de teleinformática y producción industrial los señores Ángel Aníbal Obando y Cesar Augusto Rivera Cardona.

Añade que, una vez realizadas las gestiones pertinentes por parte del SENA, conforme las órdenes judiciales y estudios técnicos realizados por la entidad en conjunto con la Comisión Nacional del Servicio Civil, se sumó una vacante a la OPEC 58406 por similitud de funciones para hacer uso de la lista de elegibles, por lo que en atención a las comunicaciones Nos. 20202120546991 del 23 de julio de 2020 y 20201020623401 del 24 de agosto de 2020, la CNSC autorizó la provisión de la IDP No. 8699 correspondiente al empleo denominado instructor grado 1, ubicado en el Centro Agropecuario de la Regional Cauca, haciendo uso de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC 20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, para proveer la OPEC No. 58406, con la vinculación de Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, quien se ubica en el tercer lugar de la lista de elegibles.

Resalta que de las tres vacantes disponibles en la OPEC 58406, en el momento se encuentran provistas en el Centro de Teleinformática, que corresponden a las originalmente convocadas en el concurso de méritos de la convocatoria 436, y la vacante adicional, sumada por similitud de funciones, se encuentra en el Centro Agropecuario del SENA Regional Cauca, la cual cuenta con el nombramiento de la señora Leydi Jaramillo.

Sostiene que la vacante que correspondió a la ID 3126 fue trasladada a la Regional Quindío, con el objeto de dar cumplimiento a un fallo de tutela referente a la protección especial de un prepensionado, el cual se posesionó el 30 de septiembre, razón por la cual solo hasta el momento se están haciendo las respectivas diligencias de reporte y solicitud de estudios técnicos de similitud de funciones si fuese el caso, para que la Comisión Nacional del Servicio Civil determine la lista de elegibles vigente quien cumple con el orden de mérito, la vacante fue reintegrada a la Regional y en el momento se encuentra en proceso de encargo hasta tanto se realice los respectivos estudios técnicos y se defina una lista de elegibles, cuya facultad de conformación no es de la entidad y por

tanto por mera liberalidad no puede nombrar a una persona de una lista de elegibles diferentes.

Indica que a la fecha en la Regional Cauca no existe una vacante disponible que cumpla con similitud de funciones y requisitos mínimos de educación y experiencia que la Comisión Nacional del Servicio Civil haya determinado que el accionante es la persona que en orden de méritos tenga una mejor expectativa para posesionarse en periodo de prueba, que la que tiene derecho por estar en la cuarta posición en la OPEC 58406.

Se opone el SENA a la totalidad de las pretensiones del señor Legarda Vidal, por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados, no estando la entidad obligada a realizar nombramientos de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto dichos aspirantes tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los anteceden en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o en su defecto exista una vacante originada con posterioridad, que cumpla con similitud funcional a la previamente ofertada, caso que no se aplica en favor del accionante.

Considera que en este evento no se cumple con el requisito de inmediatez, dado que la Resolución No. 20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, quedó en firme el 15 de enero de 2019, es decir hace más de 23 meses, por lo que el actor pudo recurrir el acto administrativo a tiempo, si como lo indica existían tres vacantes.

Pregona que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, aportadas junto con la demanda de tutela, por lo cual debía demandar dichas decisiones, pudiendo solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como medida cautelar, la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales.

Solicita se niegue por improcedente la acción de tutela elevada por el señor Hernán Darío Legarda Vidal.

Como pruebas se aportaron por el SENA, las siguientes:

1.1 Pantallazo convocatoria 436-17 – SENA, OPEC 58406.

1.2. Evidencia de publicación original de la OPEC 58406, en la cual se evidencia que la convocatoria convoco solo dos vacantes para ser provistas.

1.3 Acta de posesión del señor Ángel Aníbal Obando, de fecha 18 de marzo de 2019.

1.4 Resolución No. 19-00075 de 2019, por el cual se nombra al señor Ángel Aníbal Obando.

1.5 Acta de posesión del señor Cesar Augusto Rivera Cardona.

1.6 Resolución No. 19-00076 de 2019, por la cual se nombra al señor Cesar Augusto Rivera Cardona.

1.7 Resolución No. CNSC-20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, por la cual se conforma la lista de elegibles para la provisión de dos vacantes – OPEC 58406.

1.8 Resolución No. 19-00490 de 2020, por la cual se nombró a la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez.

1.9 Comunicación de nombramiento a la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, de fecha 14 de septiembre de 2020.

1.10 Aceptación de la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez.

11 Solicitud de prórroga elevada por la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez.

1.12 Comunicación alcance autorización uso de listas de elegibles vacantes no reportadas convocatoria 436 de 2017.

1.13 Autorización de uso de listas de elegibles para proveer algunas vacantes de “mismos empleos”, en cumplimiento del criterio unificado del 16 de enero de 2020, fechada 24 de agosto de 2020 de la CNSC.

1.14 Respuesta a solicitud de prórroga.

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil señala que el accionante pretende a través de la tutela acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no ganaron en mérito, lo que implicaría el desconocimiento no solo de las reglas del proceso de selección sino la violación de los principios constitucionales de acceso a cargo públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.

Resalta que frente a idénticas pretensiones del aquí tutelante, ya se profirió fallo por parte del Juzgado 12 Administrativo de Oralidad de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Graciela Pulido León, radicada bajo el No. 110013335012202000315-00, otorgando efectos *inter comunis* a la orden judicial, que ampara a todos los participantes de la convocatoria SENA, razón por la cual cualquier orden adicional a esta resultaría inane, dado que lo pretendido por los accionantes ya fue concedido mediante el fallo de noviembre 30 de 2020, el cual aporta.

Señala de otro lado que la presente acción de tutela es improcedente, en virtud del principio de subsidiaridad previsto en los artículos 86 inciso 3° de la Constitución Nacional.

Indica que, en el presente caso, no sólo el accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo reclamado, sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir las normas que rige el concurso de méritos y el criterio unificado del 16 de enero de 2020, que regula la aplicación de la Ley 1960 de 2020 frente al uso de listas, porque para ello puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Da cuenta de algunos fallos mediante los cuales se ha declarado la improcedencia de la acción de tutela por aplicación de la Ley 1960 de 2019 frente al uso de listas con efecto retroactivo, de lo cual se evidencia la improcedencia de la acción en el presente caso, pues como lo dijo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, la pretensión del accionante solo puede ser resuelta en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde puede solicitar la adopción de medidas cautelares necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, ya que no demuestra el perjuicio irremediable de manera sumaria dentro de esta actuación.

Comenta que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado instructor, grado 1, código 3010, identificado con OPEC No. 58406, del área temática de Gestión Administrativa, ocupando la posición No. 4 en la lista de elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC-20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, para proveer dos vacantes del empleo referido, sin que actualmente existan empleo declarados desiertos o insuficientes del área de conocimiento gestión administrativa, en el marco de la convocatoria No. 436-207 SENA.

Narra que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO, se constató que durante la vigencia de la lista del empleo No. 58406, el Servicio Nacional de Aprendizaje ha reportado una (1) vacante adicional a las ofertadas en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, que cumplió con el criterio de mismos empleos, la cual fue provista meritoriamente por la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, quien ocupó la posición número 3, dentro de dicho listado.

Agrega que una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado ante la CNSC movilidad de la lista de elegibles, 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 el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Manifiesta que se corroboró que el señor Hernán Darío Legarda Vidal ocupó la posición cuatro (4) en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, por lo que 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, motivo por el cual el actor se encuentra sujeto no solo a la vigencia sino 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.

En relación con el empleo instructor, grado 1, código 3010, identificado con número de OPEC 58406, del Área temática de Gestión Administrativa, informa que se realizó solicitud de uso de lista, a la cual se le dio autorización para proveer una (1) vacante, mediante No. 20201020623401 del 24 de agosto de 2020, procediéndose a nombrar a la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, persona que ocupó el tercer lugar de elegibilidad.

Frente a la pretensión elevada por el accionante, en cuanto a optar por otro cargo equivalente o similar, resalta que no tiene asidero legal alguno, pues el señor Legarda Vidal concursó fue para el empleo de instructor, grado 1, código 3010, código OPEC No. 58406, del área temática de Gestión Administrativa, por lo que nombrarlo en otro empleo generaría vulneración de los derechos de las personas que sí concursaron para los otros cargos, no reuniendo todas las exigencia previstas para los mismos, pues en gracia de discusión, cada cargo o empleo por su particularidad requiere de específicas condiciones, tales como experiencia, tiempo, educación, área temática de conocimiento, etc; ello sin contar que pueden existir personas con mejor derecho por mérito para tal fin.

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

Como pruebas se aportaron:

2.1 Criterio Unificado del 16 de enero de 2020.

2.2 Circular externa No. 001 de 2020 sobre instrucciones para la aplicación del criterio unificado.

2.3 Complementación criterio unificado, de fecha 6 de agosto de 2020.

2.4 Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 equivalencias.

2.5 Comunicación de agosto 24 de 2020 enviada al SENA, autorización de uso de listas de elegibles para proveer algunas vacantes de “mismos empleos” en cumplimiento del criterio unificado de enero 16 de 2020.

2.6 Petición de octubre 14 de 2020, dirigida por el accionante a la CNSC.

2.7 Respuesta emitida el 6 de noviembre de 2020.

2.8 Resolución No. CNSC-20182120180075 de diciembre 24 de 2018, por la cual se conforma la lista de elegibles, OPEC 58406.

2.9 Fallo de tutela del Tribunal Superior de Arauca, de fecha 3 de septiembre de 2020.

2.10 Fallo proferido por el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, dentro acción de tutela promovida por Graciela Pulido León, radicada bajo el No. 110013335012202000315-00, que otorgó efecto inter comunis.

3. Las personas vinculadas Vladimir Fabián Rivera Gómez y Leydi Alexandra Jaramillo Martínez no se pronunciaron sobre las pretensiones del señor Hernán Darío Legarda Vidal.

4. No hubo pronunciamiento alguno de otros integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, empleo con código OPEC No. 58406, denominado instructor, área temática de gestión administrativa, código 3010, grado 1.

Para resolver, SE CONSIDERA

1. Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer de la acción de tutela elevada por el señor Hernán Darío Legarda Vidal, por asimilarse la Comisión Nacional del Servicio Civil a una entidad del orden descentralizado.

2. Procedencia de la acción

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela es un mecanismo procesal, cuya finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares en los casos permitidos por la ley.

3. Problema jurídico

Corresponde a esta instancia verificar si de parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA se le ha vulnerado al señor Hernán Darío Legarda Vidal sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad,

trabajo y acceso a cargos públicos y como tal si procede atender sus pretensiones.

4. Marco jurídico y solución del caso

La acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que tiene su origen en el artículo 86 de la Constitución Política y se caracteriza por ser residual y subsidiaria.

El artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela que *“existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que el juez de tutela debe analizar los asuntos puestos en su conocimiento y observar estrictamente el carácter subsidiario y residual de la acción.

Lo anterior quiere decir que la acción de tutela solo es procedente cuando dentro de los medios legales existentes ninguno resulte idóneo para proteger el derecho que se considera vulnerado. También tiene lugar el amparo cuando a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger el derecho, el ciudadano acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe probarse, pues en caso de no reunirse dichos requisitos se desconoce el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, actuando el juez constitucional en contravía del sistema jurídico.

La Corte Constitucional en sentencia T- 438 de 2018, respecto de la acción de tutela para controvertir actos y hechos de la administración que reglamentan un concurso de méritos indicó:

“La Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamenten o ejecuten un concurso de méritos. Lo anterior en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, por lo que quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo deberá acudir a las

acciones que para tales fines existen ante la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, esta Corporación también ha indicado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes descrita a saber: (i) cuando la persona afectada no cuente con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales; y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable

De acuerdo a la enseñado por la jurisprudencia constitucional, los concursos de méritos se deben desarrollar bajo la garantía de igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos, entre otros principios constitucionales, siendo el mecanismo idóneo para proveer vacantes en la administración pública, de acuerdo con los criterios de imparcialidad y objetividad.

Como se desprende de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil, como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

La Corte Constitucional en sentencia T-588 de 2008, afirmó: “...una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes.”

Analizada la pretensión del señor Hernán Darío Legarda Vidal, el desarrollo del concurso al cual se inscribió y los argumentos de las partes demandadas, el amparo solicitado no puede prosperar en la forma pedida.

Tenemos en primer lugar que el señor Hernán Darío Legarda Vidal no acreditó la configuración o inminencia de un perjuicio irremediable que posibilitara tramitar la petición de tutela para proteger

transitoriamente sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, trabajo y acceso a un cargo público, vulnerados por las entidades accionadas, debido a la falta de nombramiento en un cargo que según se indica encuentra vacante en el SENA, a pesar de encontrarse de primero en la lista de elegibles, o que se hubiera visto imposibilitado para acudir a los medios idóneos o establecidos para controvertir la decisión de las entidades accionadas.

De lo allegado a la actuación observa el Despacho que la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA se fundamentó en disposiciones legales vigentes, ciñéndose a los lineamientos y requisitos que se establecieron desde el inicio de la convocatoria No. 436 de 2017 SENA, los cuales fueron dados a conocer a todos los participantes de manera oportuna, cuya aplicación e interpretación solo pueden ser desvirtuadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o nulidad simple, según el caso.

Está confirmado que el señor Hernán Darío Legarda Vida no hizo uso de reclamación alguna frente a la lista de elegibles durante su vigencia, acudiendo solo al medio constitucional cuando está próxima a perder vigencia la misma.

En el presente evento, estamos frente a decisiones tomadas dentro de un concurso público de méritos, por lo que al tratarse de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, según lo reglado en el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela resulta improcedente, como quiera que no es el mecanismo judicial al que deba acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, dado que el señor Hernán Darío Legarda Vidal tiene a su alcance los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a los cuales, si es su deseo puede acudir para demandar la legalidad o ilegalidad de las decisiones tomada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y que según lo que obra en la actuación no se ha ejercido por parte del afectado.

Para esta instancia, no existe vulneración de los derechos fundamentales alegados por el señor Legarda Vidal, como quiera que conoció a tiempo los requisitos exigidos en la convocatoria No. 436 de 2017- SENA; el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones y la decisión de no atender de manera positiva la solicitud de nombramiento en un cargo para el cual él no concursó fue tomada con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables en dicho concurso, lo cual no resulta discriminatorio en el caso concreto.

En cuanto a la concesión del amparo como mecanismo transitorio, es del caso anotar que es necesario que se configure la existencia de un perjuicio irremediable, el cual, en el sub examine, no se deduce ni de la demanda de tutela ni del acervo probatorio; un perjuicio de esta naturaleza requiere de la presencia de una violación inminente y grave a un derecho fundamental, que una vez acaecido no sea susceptible de volver las cosas a su estado anterior.

En este evento, mal puede indicarse que la falta de nombramiento del señor Hernán Darío Legarda Vidal, en un cargo para el cual no concursó, afecte sus derechos a la igualdad y trabajo, pues como lo dice el apoderado, su mandante viene ocupando desde hace siete años el cargo de instructor mediante contrato de prestación de servicios, con lo cual se le garantiza al menos por ahora su derecho al trabajo y al mínimo vital.

De otro lado, como lo señala la Comisión Nacional del Servicio Civil, mal puede el juez de tutela ordenar el nombramiento del accionante en otro cargo equivalente o similar, cuando probado está que él concursó fue para el empleo de instructor, grado 1, código 3010, código OPEC No. 58406, del área de temática de Gestión Administrativa, sin que hubiera probado que el otro cargo al cual aspira tenga asignadas funciones iguales o similares o que los requisitos de estudio, experiencia, competencias laborales y asignación básica mensual tengan afinidad con el empleo al cual se postuló dentro de la convocatoria 437 de 2017 – SENA.

Además, proceder en la forma pedida por el accionante sería desconocer el derecho de las personas que si concursaron para el cargo pretendido por el señor Legarda Vidal, con claro menoscabo del derecho a la igualdad de los demás concursantes, dado que según las bases de todo concurso de méritos, la ley limita el derecho a ser nombrado en los concursos solo para el empleo al cual se concursó y aprobó satisfactoriamente todas las etapas, siendo nombrados aquellos que aparecen en la lista de elegibles en estricto orden de puntaje y conforme a las vacantes definitivas generadas en los empleos provistos.

Deviene de todo lo anterior que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de la subsidiariedad, toda vez que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial en el marco de los cuales puede formular sus pretensiones.

En lo que concierne al requisito de la subsidiariedad, el Juzgado considera necesario indicar que el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Nacional consagra este requisito como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que dicha acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, precepto reglamentado por el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce por competencia de un determinado asunto.

En el caso concreto, frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte del SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil, el juzgado observa que por tratarse de varios actos administrativos dictados por esas entidades, el señor Hernán Darío Legarda Vidal cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud del cual podrá proponer el correspondiente vicio de nulidad de las decisiones que

en su concepto lo afectan, pudiendo pedir que se decreten medidas cautelares dentro del mismo trámite, con lo cual la protección de sus derechos fundamentales resulta idóneo y eficaz a efectos de evitar la consumación o agravación del daño ocasionado por las dos entidades.

Nota esta instancia que el accionante no mencionó las razones por las cuales el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no resultaba idóneo para la protección de los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela, sin que hubiera hecho alguna manifestación del porque no podía acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime en este caso que como lo dijimos antes, no refirió encontrarse frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera necesaria la intervención del juez de tutela.

Por lo brevemente analizado se declarará la improcedencia de la acción de tutela impetrada por el señor Hernán Darío Legarda Vidal, pues no es la acción de tutela el mecanismo idóneo para desconocer las reglas del Acuerdo No. CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer cargos en la planta de personal del SENA, convocatoria No. 436 de 2017.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán (Cauca), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. **DECLARAR** improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Hernán Darío Legarda Vidal.

Segundo. **NOTIFICAR** la presente decisión a los intervinientes dentro de la presente actuación.

Tercero. **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez quede en firme el presente pronunciamiento.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El juez,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'FABIO ALBERTO BURBANO VASQUEZ', written over a large, light gray watermark that says 'TU TUTORIA'.

FABIO ALBERTO BURBANO VASQUEZ