

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTICUATRO (24) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

**TUTELA Nro.:** 110013103024202100070  
**ACCIONANTE:** OSCAR ORLANDO ZÁRRATE PACHECO  
**ACCIONADA:** SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Agotado el trámite establecido por la Ley se procede a emitir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

### I. ANTECEDENTES

Oscar Orlando Zárrate Pacheco, solicitó la protección de sus derechos a la *DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA RESPECTO A LA LEY 1960 DE 2019*, los cuáles se consideró fueron lesionados por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA –

### Hechos

Se fundamentó la acción en los siguientes supuestos fácticos:

1. El tutelante se presentó para participar en la convocatoria pública Nro. 436 de 2017 de la CNSC, con la cual se pretende la provisión de cargos en carrera administrativa para el SENA.
2. En ese sentido, dentro de las fechas indicadas por la CNSC, y a través de la plataforma virtual: Sistema de Apoyo Igualdad, Mérito y Oportunidad – SIMO –, se postuló para el cargo OPEC 56999 Profesional Grado 1.
3. Fue admitido para el concurso, aprobó todas las fases del concurso, y fue incluido en la lista de elegibles respectiva.
4. Mediante resolución Nro. CNSC 20182120176495 del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) se estableció el orden de lista para el cargo OPEC 56999 Profesional Grado 1 de la convocatoria Nro. 436.
5. En dicho documento se clasificó al señor Zárrate Pacheco como el elegible número 9.
6. Pese a que el SENA en la convocatoria Nro. 436 contaba con más vacantes de las mismas características de la OPEC 56999, que se deriva de lo previsto en el art. 11 lit. e) y parágrafo de la ley 909 de 2004, que fuera reglamentado por el Acuerdo 562 de 2016 no se creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles allí regulado.
7. Aunado a lo anterior, en vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que

concurrió el accionante, se expidió la ley 1996 de 2019, que eliminó las restricciones que contenía la ley 909 de 2004 en su versión inicial.

8. Dicha norma permitía al SENA hacer uso de las listas de elegibles vigentes para nombrar a personas en cargos de las mismas características a aquellos ofertados en el concurso de méritos y que quedaran vacantes, aún pese a que estas nuevas plazas no hubieran sido ofertadas.
9. Sin embargo, a la hora de ahora, Oscar Orlando Zárrate Pacheco no ha sido nombrado en ningún cargo de los actualmente vacantes en el SENA ya sea en uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles o conforme a la acción prevista en la ley 1996 de 2019.

## **Pretensiones**

Conforme al anterior relato, y luego de hacer un breve recuento de la jurisprudencia que consideró aplicable a su caso, el señor Zárrate Pacheco solicitó:

*PRIMERO: ORDENAR que, en el plazo de 48 horas contados a partir de la notificación de esta decisión, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No 56999 denominado PROFESIONAL, GRADO 1, al que concursó OSCAR ORLANDO ZÁRRATE PACHECO, o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso de tiempo en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO). Acto seguido, de hallarlos, en el término de 48 horas contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles. Para tal efecto, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA deberá adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar el uso de la lista de elegibles.*

*SEGUNDO: La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud de la lista de elegibles por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a la OPEC 56999 con la denominación PROFESIONAL, GRADO 1, que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015. Dentro de las 48 horas siguientes, el SENA expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, el cual enviará dentro de las 48 horas siguientes a la CNSC, quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.*

*TERCERO: El estudio de equivalencias que se le realice al accionante deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020*

*CUARTO: La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá elaborar la lista*

*de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los tres (3) días siguientes al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA quien deberá nombrar al aspirante OSCAR ORLANDO ZÁRRATE PACHECO, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse.*

*QUINTO: ORDENAR suspender la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se le dé total cumplimiento a este fallo de tutela*

## **Trámite**

Asumido el conocimiento, se ordenó la notificación de las entidades accionadas para que se pronunciaran sobre los hechos del litigio.

La CNSC y el SENA indicaron al unísono que la acción de tutela no era procedente para el éxito de las pretensiones formuladas por el demandante, toda vez que este contaba con otros medios de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, asimismo que no se cumplían los requisitos de inmediatez y subsidiariedad y que en cualquier caso la expectativa legítima que tenía el actor de acceder a un cargo por la convocatoria pública Nro. 436 de 2017 de la CNSC había fenecido con el vencimiento de la lista de elegibles elaborada para el cargo al que concursó el activante.

Concedida impugnación contra el fallo proferido en esta instancia el doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Restitución de Tierras el diecinueve (19) de abril de los corrientes declaró la nulidad de todo lo actuado dentro de la acción de tutela al estimar que dentro del pleito se había incurrido en una causal de nulidad, por no haber vinculado al litigio a todas las personas que mediante Resolución N.º 20182120176495 del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) conformaron la lista de elegibles de la convocatoria N.º 436/2017 del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, para la provisión del cargo de Profesional Grado 1, Código OPEC N.º 56999, quienes posiblemente podrían resultar afectadas por las resultados de este pleito y cuyo derecho a ser oídos, se había trasgredido. (*arc.95AutoNulidad.02.20.04.pdf*).

Por auto calendado veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021) se acató la orden emanada del superior, ordenando a la CNSC se informara a todas las personas que mediante Resolución N.º 20182120176495 del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) conformaron la lista de elegibles de la convocatoria N.º 436/2017 del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, para la provisión del cargo de Profesional Grado 1, Código OPEC N.º 56999 la existencia de la presente acción constitucional y de igual manera se ordenó la publicación de la misma en la página web de este Juzgado (*arc.110AutoAdmiteDespuesNulidad.02.27.04.pdf*).

La anterior orden fue cumplida a cabalidad por esta dependencia judicial el veintinueve (29) de abril del año en curso (*arc.112FijaAviso04.29.04.pdf*).

## **II. CONSIDERACIONES**

### **De la Acción de Tutela**

La acción de tutela, prevista por el artículo 86 de la Constitución Política es un

mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la efectiva protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

#### **PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITOS**

Sobre este punto ha sido extensa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual señala que:

*"[...]la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones pertinentes en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto."<sup>1</sup>*

Es decir, la regla general es que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, sin embargo, el alto Tribunal Constitucional ha dicho que esta regla admite dos excepciones:

*"(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor."<sup>2</sup>*

Para la primera excepción, se observa que ha sido reiterada la posición de la Corte Constitucional en el sentido de afirmar que la acción de tutela debe ser vista como un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas perjudicadas cuando:

1. Se desconoce el derecho de quien luego de haber agotado el proceso de evaluación, selección o en un concurso de méritos convocado para proveer un cargo, obtiene el primer lugar al final del mismo

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2010, que reitera lo dicho en sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005, T-368 de 2008 y T-629 de 2008.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-800 A de 2011

2. Se ignoran los derechos de la población que goza de protección constitucional reforzada.
3. La entidad encargada del concurso se aparta o desconoce las reglas del concurso, rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso.

Para la segunda excepción, ha enseñado la jurisprudencia constitucional que la valoración de esos mecanismos alternos no debe hacerse en abstracto, sino que en cada caso concreto debe determinarse su idoneidad, eficacia y proporcionalidad para lograr el amparo efectivo de los derechos fundamentales invocados.

De otro lado, la Corte ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas<sup>3</sup>; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera derechos fundamentales. Así, se ha señalado que, en principio, el requerimiento de estas o adicionales, no transgrede el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tengan una relación con la función a desempeñar por la persona, en términos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.<sup>4</sup>

### III. CASO CONCRETO

En el asunto en examen, los **problemas jurídicos** a resolver se sintetizan en establecer si ¿es procedente la acción de tutela para resolver la disputa propuesta entre Oscar Orlando Zárrate Pacheco, la CNSC, y el SENA?, y de ser así, ¿cómo debería resarcirse el bien o bienes constitucionales afectados?

Entonces, esta sede judicial encuentra, que en principio la petición del accionante no resultaría procedente, puesto que, para su discusión, este cuenta con mecanismos ordinarios de resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa, y debería entonces entrar a evaluarse la ocurrencia, o no, de un perjuicio irremediable.

En este caso, no se observa que se hayan desconocido los derechos de posición del señor Zárrate Pacheco como quiera que según lo visto en el expediente, se nombró a las personas que ocuparon el primer y segundo puesto de la lista de elegibles en firme para el cargo OPEC 56999 Profesional Grado 1 de la convocatoria Nro. 436 de 2017. Asimismo, se tiene que de las pruebas aportadas a esta sede judicial no se puede observar que hubiera un desconocimiento total, o parcial, de las reglas del concurso. En tanto este, se desarrolló sin saltarse ninguna fase, ni eximir a ninguna persona, ni tampoco calificando de forma diferente a ningún concursante. De otro lado, tampoco aparece que haya habido una ruptura de la imparcialidad con que debía actuar la CNSC, ni mucho menos que los resultados hubieran sido manipulados. Estos dos últimos puntos, de contenido forzosamente relacional debían demostrarse al menos con la comparación de otros concursantes, lo cual ni siquiera a título de indicio aparece en el pleito.

Por otra parte, no se mostró que la pretensión de nombramiento en un cargo de

---

<sup>3</sup> T-463 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>4</sup> Sentencia T-1098/04. M. P.: Álvaro Tafur Galvis

carrera administrativa de la parte tutelante, no pueda ser atendida en las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en este caso, por medio de la acción de grupo o de reparación directa o de cumplimiento por haber dejado de aplicar lo previsto en el art. 11 lit. e) y parágrafo de la ley 909 de 2004, que fuera reglamentado por el Acuerdo 562 de 2016 y/o la ley 1996 de 2019.

En el estado de cosas apenas relatado debe recordarse lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-713 de 2006:

***"[...]es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar.*** Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos." (negrillas fuera de original)

Lo anterior atendiendo en que, en el caso específico del accionante, no aparece la ocurrencia de ninguna situación de especial atención que implique respecto de este la imposibilidad o una grave dificultad para litigar sus pretensiones en la sede judicial respectiva.

Así las cosas, concluye el Despacho que el material obrante en el expediente no es suficiente para considerar la procedencia de la acción de tutela dentro del presente caso, razón que impone la negación del amparo constitucional deprecado en lo relativo a la petición de nombramiento en un cargo en carrera administrativa.

Ahora bien, dejando de lado el anterior análisis y trayendo a colación lo previsto por la sentencia T – 340 de 2020, allí se explicó que la acción de tutela devenía procedente para lograr el nombramiento en carrera administrativa, de una persona que: i) hubiera participado y aprobado un concurso de méritos; ii) se encontrara dentro de la lista de elegibles respectiva y no hubiera sido nombrado aún; y iii) su lista de elegibles se hubiera emitido antes de la entrada en rigor de la ley 1996 de 2019. En tanto, lograr la aplicación retrospectiva de la ley no era viable hacerlo dentro de un proceso ante lo contencioso administrativo, y aun cuando fuera posible hacerlo, ese medio de defensa y las medidas cautelares que allí se pidieran no resultaban eficaces para la protección del interés constitucional del acceso al trabajo público y del mérito en los concursos.

Sin embargo, al revisar dicha decisión la misma estableció como condición para la procedencia de la acción, primero que la lista de elegibles de quién solicitara la protección constitucional estuviera en firme, razonamiento que tiene su fundamento en el principio de inmediatez del amparo constitucional. Asimismo, indicó que el sólo hecho de estar en una lista de elegibles no implicaba de forma automática el nombramiento en un cargo, sino que ello dependía de que la entidad convocante al concurso y la CNSC hicieran los trámites administrativos para el reporte de las vacantes definitivas de los cargos, así como los financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De otro lado, en el caso tratado en la sentencia T – 340 de 2020, el solicitante era el Nro. 1 de su lista de elegibles, e hizo la petición de ser nombrado en un cargo idéntico, no convocado, surgido con posterioridad a la convocatoria de concurso y en la misma entidad, es decir no había ninguna duda del derecho que asistía a esa persona, como la primera dentro de una lista de elegibles.

En el presente pleito, se tienen dos (2) inconvenientes que impiden considerar procedente la acción, como primera que la lista de elegibles para el cargo al cual concursó Oscar Orlando Zárrate Pacheco terminó su vigencia antes inclusive de la formulación de esta acción constitucional, siendo así, el derecho pedido por el actor habría fenecido por el paso del tiempo. Aunado a lo anterior, no aparece que la CNSC haya elaborado el Banco Nacional de Listas de Elegibles para cargos idénticos al ofertado en la OPEC 56999 Profesional Grado 1 de la convocatoria Nro. 436 de 2017, luego se desconoce si en esa nueva lista el señor Zárrate Pacheco tiene algún derecho a ser nombrado. Y finalmente, dejando de lado lo anterior, el demandante NO era el Nro. 1 de su lista, luego no contaba con esa prelación que dota la jurisprudencia a las personas en ese lugar en una lista de elegibles.

En consecuencia, se considera que aún haciendo suyas las conclusiones de la sentencia T – 340 de 2020, la tutela seguiría siendo improcedente por haber vencido la lista de elegibles en la cual tenía alguna expectativa legítima el demandante, y no existir a la hora de ahora una lista de elegibles que asigne ningún derecho o expectativa legítima al actor.

Así las cosas, se concluye que el material obrante en el expediente no es suficiente para considerar la procedencia de la acción de tutela dentro del presente caso, razón que impone la negación del amparo constitucional deprecado.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Veinticuatro (24) Civil Del Circuito De Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional invocado dentro de esta acción de tutela por Oscar Orlando Zárrate Pacheco, conforme a las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito

**TERCERO:** Si el presente proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**HEIDI MARIANA LANCHEROS MURCIA**  
**JUEZ**