REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA							
FECHA	DIECINUEVE (19) DE JULIO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)						
RADICADO	05001	31	05	017	**2023**	**00274**	00
PROCESO	TUTELA No.00090 de 2023						
ACCIONANTE	DILMAR SERNA DUQUE						
APODERADO	JOSE ALIRIO URIBE BONILLA						
ACCIONADA	• COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL CNSC • SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-						
PROVIDENCIA	SENTENCIA No.00231 de 2023						
TEMAS	DEBIDO PROCESO, ACCESO DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS, IGUALDAD DE CONDICIONES Y AL TRABAJO						
DECISIÓN	NO TUTELA DERECHOS						

El apoderado del señor DILMAR SERNA DUQUE con C.C. 89.000.391, presentó en este Despacho judicial acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL CNSC, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, por considerar vulnerados los derechos fundamentales DEBIDO PROCESO, ACCESO DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS, IGUADAD DE CONDICIONES Y AL TRABAJO consagrados en la Carta Política.

Pretende el apoderado del señor DILMAR SERNA DUQUE, se tutelen sus derechos fundamentales invocados, y se ordene a LA COMISIÓN NACIONAL DL SERVICIO CIVIL realizar el estudio de equivalencia entre OPEC a la que se presentó el señor DILMAR SERNA DUQUE y las vacantes otorgadas por el SENA.

Que de ser equivalente con alguno de los cargos anteriores, se sirva autorizar el uso de la lista de elegibles de dicho cargo contenida en el resolución N°:CNSC-CNSC-20182120179725 del 24 de diciembre del 2018 y que se proceda a nombrar al señor DILMAR SERNA DUQUE, en el cargo equivalente, esto conforme a lo dispuesto en la sentencia T-340 DE 2020 la cual dispuso la aplicación retrospectiva de la ley 1960 DE 2019.

Afirma el apoderado del accionante que en virtud del acuerdo No. CNSC – 2017000000116 del 24 de julio del 2017, se convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente

al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, convocatoria No. 436 de 2017. Que el señor DILMAR SERNA DUQUE, aplicó para la OPEC No. 59658 denominada INSTRUCTOR CODIGO 3010, grado 1 del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, consiguiendo ubicarse en el segundo puesto de la lista de elegibles de dicho cargo, contenida en la resolución No. CNSC – 20182120179725 del 24 de diciembre del 2018.

Que el señor DILMAR SERNA DUQUE, aplicó para la OPEC No. 59658 denominada INSTRUCTOR CODIGO 3010, grado 1 del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, consiguiendo ubicarse en el segundo puesto de la lista de elegibles de dicho cargo, contenida en la resolución No. CNSC – 20182120179725 del 24 de diciembre del 2018. Que el día 27 de diciembre del año en curso, el señor DILMAR SERNA DUQUE, presentó por intermedio del suscrito una solicitud a la CNSC y al SENA, donde expuso las siguientes pretensiones:

- *Sírvanse suministrar una relación detallada, omitiendo datos sensibles y de información personal (como nombre y No de documento), acerca de la totalidad de cargos existentes en la actualidad, con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010, grado 1 del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en todas las regionales del País, así como la información sobre cuáles de dichos cargos se encuentran provistos en propiedad, provisionalidad y encargo, e igualmente si aquellos que se encuentran provistos en provisionalidad y encargo, están ocupados por personas que integren alguna de las listas de elegibles autorizadas para tal fin, junto con las fechas de nombramiento y las lista de elegibles por las que ingresaron las personas que ocupan esos cargos.*

- *Que, en aplicación de lo dispuesto en la sentencia T-340 de 2020, la cual dispuso la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, se efectúe el estudio técnico con el fin de determinar si la OPEC No. 59658 denominado INSTRUCTOR CODIGO 3010, grado 1, tiene alguna equivalencia. Y en caso afirmativo, se ordene sea aplicada a la lista de elegibles constituida mediante resolución No CNSC –20182120179725 del 24 de diciembre del 2018, conforme se viene haciendo en cumplimiento de la orden emanada del Juzgado 12 administrativo del Circuito de Bogotá.*

- *De ser equivalente con alguno de los cargos anteriores, sírvase autorizar el uso de la lista de elegibles de dicho cargo contenida en la resolución No. CNSC – CNSC – 20182120179725 del 24 de diciembre del 2018 y se proceda a nombrar al señor DILMAR SERNA DUQUE, en el cargo equivalente.*

Que el SENA le dio respuesta y le allegó la relación de los cargos que se encontraban vacantes y cargos que no se encontraban ocupados por personas pertenecientes a la lista de elegibles en las regionales del SENA. (ver folios 7/8).

Que presentó petición a la CNSC solicitando lo siguiente:

- *Se sirvan Realizar el estudio de equivalencia en la actualidad, de los cargos enlistados anteriormente frente al cargo denominado INSTRUCTOR CODIGO 3010, grado 1 del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA OPEC No. 59658, SIN CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DE LA LISTA.*

- *De ser equivalente con alguno de los cargos anteriores, sírvase autorizar el uso de la lista de elegibles de dicho cargo contenida en la resolución No. CNSC – 20182120179725 del 24 de diciembre del 2018 y procédase a nombrar al señor DILMAR SERNA DUQUE, en el cargo equivalente, esto conforme lo dispuesto en la sentencia T-340 de 2020, la cual dispuso la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019.*

Que la CNSC, se negó a dar información respecto de la equivalencia de los cargos mencionados, poniendo como obstáculo en vigencia de la lista de elegibles, que sin embargo se tiene información que para el año en curso han ingresado alguna personas, que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, mediante la provisión de cargos vacantes de manera definitiva generados con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017 y que por tanto no fueron incluidos en la misma, haciendo uso de la lista de elegibles conformidades en vigencia dela convocatoria referida por equivalencia tal como los instructores como son:

PAULO CESAR VERA (agroindustria), ANA LIGIA SIERRA (socioeconómico), y SANDRA LUCIA MADRID (ambiental).

Que la a CNSC emitió el Oficio No 2022RS001765 del 14 de enero de 2022, mediante el cual se autorizó el uso de las listas de elegibles conformadas para la provisión de los empleos ofertados en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017 e hizo la relación de las personas y los cargos para la provisión del empleo, pero en esta lista no se encuentra el accionante.

Que la OPEC 58369 al que se le aplico equivalencia con el OPEC, estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2021.

PRUEBAS:

La parte accionante anexa con su escrito:

. – Resolución N°.CNSC-20182120179725 del 24 de diciembre del 2018, petición de fecha de vacantes al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, listado de vacantes entregado por el servicio Nacional de Aprendizaje Sena, Petición de estudio de equivalencia a la CNSC, Respuesta de la CNSC, nueva petición de estudio de equivalencia CNSC. (fls.20/53).

TRÁMITE Y RÉPLICA:

El 06 de Julio de 2023, se admite la presente acción d tutela y se ordenó notificar a todas las partes de la presente acción de tutela, en la fecha antes relacionada se procedió a la notificación a la comisión Nacional del Servicio Civil y Servicio Colombiano de Bienestar Familiar, enterándolos que tenían el término de dos (02)

días para pronunciarse al respecto, e igualmente ordenando imprimirle el trámite establecido para esta clase de acciones.

A folios 53/54, reposa la notificación de la admisión de la acción de tutela por correo electrónico a las entidades accionadas. Notificada la acción de tutela conforme las previsiones de los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, se le concedió un término de DOS (02) días a las accionadas para rendir los informes del caso.

A folios 57/62, (archivo 04), el Sena, por medio de la coordinadora del grupo de relaciones laborales de la Secretaria general del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA da respuesta a la acción de tutela y expuso que:

> *"…La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, apertura la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA. Las reglas de este concurso de méritos se dispusieron en el Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017.*
>
> *Dentro del proceso de selección, el SENA reportó UNA (1) vacante del empleo denominado INSTRUCTOR – AREA TEMATICA CONSTRUCCION. Está vacante se ofertó en la Convocatoria No. 436 de 2017 con el código OPEC 59658.*
>
> *De acuerdo con los resultados de las pruebas aplicadas en el proceso, la CNSC en estricto orden de mérito, mediante la Resolución No CNSC – 20182120179725 del 24 de diciembre de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer UNA (01) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 59658 denominado INSTRUCTOR – AREA TEMATICA CONSTRUCCION.*
>
> *De conformidad con la parte resolutiva del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó con 2 ciudadanos, encontrándose entre ellos el accionante en el puesto 2, con un puntaje de 747.16.*
>
> *Dando cumplimiento a lo previsto en el Acuerdo de la Convocatoria y el Acuerdo No. 562 de 2016 de la CNSC (norma aplicable a la Convocatoria No. 436 de 2017), la única vacante ofertadas con el código OPEC 59658, fue provista por la elegible ANA RUIZ, quien ocupó la mejor posición meritoria de la lista, por lo que el accionante no alcanzó la posición meritoria para ser vinculada a la Entidad.*

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer **una (1) vacante** del empleo de carrera denominado **Instructor,** Código **3010,** Grado **1**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. **59658**, así:

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	30714231	ANA LUCIA	RUIZ LUNA	81.12
2	CC	89000391	DILMAR	SERNA DUQUE	74.16

ARTÍCULO SEGUNDO.- Los aspirantes que sean nombrados con base en la Lista de Elegibles de que trata la presente Resolución, deberán cumplir con los requisitos exigidos para el empleo, de acuerdo con lo establecido en la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, los cuales serán acreditados al momento de tomar posesión del mismo.

PARÁGRAFO: Corresponde a la Entidad Nominadora, antes de efectuar el nombramiento o dar posesión, verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades de las personas designadas para el desempeño de los empleos[3].

> *La lista de elegibles de la OPEC 59658 estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2021.*
>
> *A. LEY 1960 DE 2019- CRITERIO UNIFICADO DEL 16 DE ENERO DE 2020 DE LA CNSC.*

Con la expedición del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, la CNSC estableció los parámetros para el uso de las listas de elegibles conformadas dentro de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, en aras de realizar la provisión de aquellas vacantes definitivas que no hicieron parte de la oferta pública de empleos. Por tal razón, este Criterio Unificado es aplicable a las listas de elegibles constituidas dentro la Convocatoria No. 436 de 2017, ya que este proceso inició el 24 de julio de 2017 con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017. Sobre el particular, el Criterio Unificado, señala:

"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 tos que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC".

Es importante mencionar que con relación al requisito "ubicación geográfica" que estableció el Criterio Unificado, el Comisionado Fridole Ballén Duque en Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020, aclaró que éste hace referencia a aquellas vacantes ubicadas en el mismo municipio donde se encuentra el empleo reportado. (…).

Bajo este entendido, el perfil de la vacante debe coincidir con el de la OPEC reportada en la Convocatoria No. 436 de 2017, ya que la Resolución No. 1458 de 2017 "Por la cual se actualiza el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA" dispone las funciones y requisitos de experiencia y formación académica propias de todos los empleos, las cuales están encaminadas a desarrollar un proceso administrativo o área temática específicos y únicos. Por consiguiente, a través de los oficios Nros. 20213201737902 y 2021RE018008 de 2021, se formalizó ante la CNSC de las vacantes definitivas objeto de provisión a partir de los usos de listas de elegibles…"

A folios 100/107, (archivo 05/06), La CNSC, por medio de apoderado judicial da respuesta a la acción de tutela y expuso que:

1) Empleo objeto de concurso

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, se ofertó una (1) vacante para proveer el empleo de carrera identificado con el código OPEC 59658 denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-. Agotadas las fases del concurso, mediante Resolución No. 20182120179725 del 24 de diciembre 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 14 de enero de 2021.

2) 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 reportó 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 lo tanto, conforme a lo reportado por la Entidad, se presume que la vacante ofertada se encuentra provista con quien ocupó la posición número uno (1).

3) 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.

4) Reporte de vacantes de mismos empleos

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO y de conformidad con lo erigido en la Circular 001 de 2020 se constató que, durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- no reportó la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de marras.

5) Estado de la parte accionante en el Proceso de Selección

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que el señor Dilmar Serna Duque ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120179725 del 24 de diciembre de 2018, en consecuencia, 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 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 pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

6) Procedencia del uso de la lista

Corolario 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 perdida de 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".

Por lo que, prelucidos todos los términos, sin otro que agotar, lo procedente es decidir de fondo, lo que se hará con fundamento en las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S:

PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si la acción de tutela es procedente en los concursos de mérito, cuando ha vencido la lista de elegibles de la cual se derivan los derechos presuntamente amenazados.

De ser procedente, se deberá determinar si el criterio unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" de fecha 16 de enero de 2020, debe ser inaplicado, porque presuntamente interpreta en forma restrictiva la Ley 1960 de 2019, al condicionar que la misma se aplica solamente "a los mismos empleos" entendiéndose por tales "igual denominación,

código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y el mismo grupo de aspirantes".

TEMAS A TRATAR

1.- Requisito procedencia Acción De Tutela.

2.- Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos.

3.- Caso Concreto.

1. Requisitos procedencia de la acción de tutela:

De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Adicionalmente es extensa el análisis jurisprudencial de estos tres requisitos, como se indicó en la sentencia T 219 del 5 junio de 2018, así se indicó:

(i) la legitimación en la causa por activa: El artículo 86 de la Constitución Política[36] establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de directamente o a través de un representante que actúe en su nombre. En la presente acción se cumple, toda vez que quien interpone la acción de tutela accionante que se encuentra afectado.

(ii) *Legitimación por pasiva*: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[39] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto, particularmente, las hipótesis se encuentran plasmadas en el artículo 42. Requisito que se evidencia dentro de la presente acción, pues está dirigida en contra del Municipio de Medellin, lugar donde manifiesta el accionante presta sus servicios.

(iii) la inmediatez: el principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corte. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción es improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

Lo cual también se cumple en el caso de autos, en atención a que la expedición del decreto 1371 de 2019 es del 22 julio de 2019 y la acción de tutela es del 16 agosto de 2019

Al respecto la H. Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-441 de 2017 de 2015, M.P. Alberto Rojas Rios, en relación a la procedencia de la acción de tutela contra los concursos de mérito expreso:

2. ***Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos.***

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, [1] o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Ahora bien, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de cada caso concreto, analizando aspectos tales como: (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela;[2] (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural; (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite;[3] (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios;[4] (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

El numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.[5]

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso

---

[1] La idoneidad del mecanismo judicial *"hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho*". Mientras que la eficacia "*tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado*". Sentencia T-798 de 2013.

[2] Ver sentencias T-414 de 1992, T-384 de 1998, T-822 de 2002, T-068 de 2006 y T-798 de 2013.

[3] Ver sentencias T-778 de 2005, T-979 de 2006, T-864 y T-123 de 2007, y T-798 de 2013.

[4] Ver, entre otras, las sentencias T -039 de 1996 y T-512 de 1999.

[5] Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

*administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisiona*l

……..

En línea con lo anterior, la Ley 1437 de 2011, establece en el artículo 137 que "(t)oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (…)". Adicionalmente, en su artículo 138 contempla que"(t)oda 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 restablezca el derecho (…). Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (…)".

Luego, en el artículo 229, se establece que "en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo". Por último, en el literal b), del numeral 4º del artículo 231 del mismo Código, consagra la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo, cuando "existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios".

De lo expuesto, podría concluirse que la acción de tutela resulta improcedente en el caso concreto. Puesto que, ante la existencia de dichos mecanismos de defensa judicial, puede cuestionarse: (i) el acto administrativo general que incluye los supuestos, requisitos y procedimientos que deben cumplir los aspirantes al cargo de dragoneantes del INPEC; y (ii) el acto administrativo particular que declaró al accionante como no apto, ante el resultado de la valoración médica, que se encuentra fundamentado en criterios estrictamente objetivos."

El acceso a cargos públicos y debido proceso: la convocatoria como norma obligatoria del concurso.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que los concursos, cuya finalidad sea el acceso a la función pública, deben sujetarse estrictamente a los procedimientos y condiciones fijados de antemano Tales reglas que los rigen son obligatorias, no sólo para los participantes sino también para la administración que, al observarlas, se ciñe a los postulados de la buena fe (C.P.art.83), cumple los principios que regulan la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P.art.29), así como los derechos a la igualdad (C.P.art.13) y al trabajo (C.P: art. 25) de los concursantes. Una actitud contraria defrauda las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la administración está llamado a generar.

A través de dichas reglas la administración se auto vincula y auto controla, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección.

La sentencia T- 340 de 2020 sobre la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En virtud de esta norma, entre otros aspectos, se modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". El cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comportó una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigor. No obstante, el 20 de enero de 2020, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "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, propósitos, 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.

La determinación del 20 de enero de 2020 adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020, en donde ratificó que la Ley 1960 de 2019 podría ser aplicada de forma retrospectiva, señalando que

"para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."

Con esta decisión, la Corte Constitucional sentó el precedente según el cual la provisión de vacantes definitivas presentadas con posterioridad a una convocatoria pública debe cumplir 2 requisitos: i) que la lista de elegibles se encuentre vigente y ii) que se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona de esta lista de elegibles.

Caso concreto

Con lo allegado a la acción de tutela se tiene que el señor DILMAR SERNA DUQUE participó en la convocatoria 436 de 2017-SENA, para el empleo identificado con el código OPEC N°:59658, denominado INSTRUCTOR, código 3010 grado 01 del área

temática construcción, para proveer 01 vacante. Luego de surtidas las etapas del concurso, se ubicó en el lugar N°.02 de la lista de elegibles conformada mediante resolución N°.CNSC 20182120177865 del 24 de diciembre de 2018, se conformó la de 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 14 DE ENERO DE 2021**, (subrayado del despacho). Y la cual fue provista por la señora ANA LUCIA RUIZ LUNA, quien ocupó la mejor posición meritoria de la lista y por lo que el accionante no alcanzó la posición meritoria para ser vinculado al SENA, y fue nombrada mediante la Resolución N°. CNSC-20182120179725 DEL 24-12-2018. (fls. 9799)

De la Improcedencia de la acción de tutela por vencimiento de la lista de elegibles y verificado el Banco Nacional de Elegibles, se evidencia que la lista conformada para el cargo al que concursó el accionante, adquirió firmeza el 15 de enero de 2019. Esta lista estuvo vigente desde su firmeza y hasta 2 años después, es decir, hasta el 14 de enero de 2021, de acuerdo con lo regulado en el numeral en el 4 del Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Es importante aclarar que, los conceptos de "firmeza" y "vigencia" no son sinónimos, la firmeza se produce cuando vencidos 5 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles, no se ha presentado reclamación o solicitud de exclusión o cuando éstas son resueltas en decisión ejecutoriada; mientras que la vigencia, hace relación al término que transcurre desde la firmeza y hasta 2 años después de aquella.

De acuerdo con lo expuesto, debe advertirse que en el presente asunto la acción de tutela propuesta por el accionante es improcedente. Como antes se señaló este mecanismo de amparo es un medio subsidiario de defensa judicial ofrecido para suplir las deficiencias totales o parciales de los mecanismos ordinarios, pero inapropiado para reabrir debates jurídicos en decisiones judiciales en firme, solventar la inercia de las partes o revivir controversias resueltas. De esta forma, cuando una determinada situación jurídica ya está decidida, bien por una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada o por la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo, no puede la tutela o los mecanismos ordinarios de protección revivir un término o darle nueva vigencia a un acto administrativo.

Es de anotar que la presente acción, se interpuso el 05 de julio del presente año, lo que permite concluir que el mecanismo excepcional de tutela pretendido fue interpuesto por fuera del término de vigencia de la lista de elegibles. En ese sentido, debe entenderse que la Resolución No. CNSC – 20182120177865 del 24 de

diciembre de 2018 perdió fuerza de ejecutoria, como dispone el numeral 5, artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 y por lo tanto, la tutela se torna improcedente por daño consumado.

Esta sentencia se notificará a las partes conforme lo establece el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término de TRES (03) días señalado en el artículo 31 del Decreto 2561 de 1991, por la Secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en nombre del pueblo y por mandato constitucional,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por el apoderado del señor **DILMAR SERNA DUQUE**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 89.000.391, conforme a las motivaciones que se expusieron en esta providencia.

SEGUNDO. NOTIFICAR la presente decisión a los intervinientes por el medio más ágil y expedito, de no lograrse personalmente.

TERCERO. Si la presente providencia NO FUERE IMPUGNADA dentro del término de TRES (03) días señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por la Secretaría SE ENVIARÁN las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO. ARCHIVAR definitivamente una vez devuelto sin haber sido objeto de revisión, previa desanotación del registro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO
JUEZ

BB

Firmado Por:

Gimena Marcela Lopera Restrepo

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Laboral 017

Medellin - Antioquia

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: **7ea859bd85b8c34e086b70e1d469b647d0645876708394298e80263b9a4b1f5b**

Documento generado en 19/07/2023 09:28:18 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica