

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 4o

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Expediente No.:	11001-33-34-006- 2021-00294 -00
ACCIONANTE:	HEINER CUELLAR GUARNIZO
ACCIONADO:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
ACCIÓN:	TUTELA
Sentencia de primera instancia	

Procede el Despacho a emitir fallo en la acción de tutela promovida por el señor **Heiner Cuellar Guarnizo** actuando en nombre propio, contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales de igualdad, petición, trabajo y debido proceso.

I. ANTECEDENTES

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN

Los hechos expuestos por la accionante, relevantes para el fondo del asunto, se sintetizan así:

- Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante la CNSC, expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.
- Indica que la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20192120011255 del 26 de febrero de 2019, para proveer cinco (5) vacantes de la OPEC No 59603 con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde ocupa el séptimo lugar de elegibilidad con 75.33 puntos.
- Que la firmeza individual de la referida lista de elegibles vence el 20 de enero de 2022.

-Que en ningún momento la CNSC ni el SENA, le realizaron el ofrecimiento ni nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados en aplicación a la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

-Que el SENA el 17 de junio de 2020, expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones Profesional, Instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, con las que, en su criterio no cuentan con listas de elegibles de las cuales se pueda hacer uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019. En el hecho décimo noveno enlista dichas vacantes no ofertadas con la denominación de instructor, código 3010, grado 1, considerando que estos presentan similitud funcional con el cargo al cual se presentó en la convocatoria.

-Alude en el hecho vigésimo cuarto a los cargos que presuntamente tienen similitud funcional, vacantes aparentemente sin listas, nuevas vacantes y listas agotadas.

-Luego de hacer referencia a otros pronunciamientos judiciales con ocasión de acciones de tutela, señala en el hecho trigésimo primero que el SENA emitió un listado con el estado actual de toda su planta de personal donde para los cargos con la denominación de Instructor, código 3010, grado 1, existen 5 cargos de la red del conocimiento de Institucional de Pedagogía, para hacer uso de lista de elegibles que actualmente se encuentran vacantes, en provisionalidad y en encargo.

PRETENSIONES

Solicita el accionante lo siguiente:

“Que, se restablezcan los derechos fundamentales **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 Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de HEINER CUELLAR GUARNIZO, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No 7.723.675 y SE ORDENE:**

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 59603** denominado **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, al que concursó **HEINER CUELLAR GUARNIZO**, 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 realizadolo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de lalista de elegibles.

Para tal efecto, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA deberá adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar eluso 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 59603** con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, que hayan sido declarados en vacanciadefinitiva 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 estabanprovistos con personal en carrera administrativa o en encargo o en provisionalidad;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 parámetrosconsignados 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 listade 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 siguientesal SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

quien deberá nombrar al aspirante **HEINER CUELLAR GUARNIZO**, 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.

SEXTO: ORDENAR a las accionadas que informen a este Despacho sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia.”

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue presentada el 30 de agosto de 2021, a través de la plataforma dispuesta para tal efecto por el Consejo Superior de la Judicatura y repartida a este Despacho. Mediante proveído del 31 de agosto del mismo año se requirió al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Bogotá para que allegara información relacionada con los hechos de la acción de tutela.

Posteriormente, mediante auto de 3 de septiembre de los corrientes se admitió la acción de tutela ordenando notificar por correo electrónico al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Director General del Sena, se requirió información y se dispuso comunicar la existencia de la presente acción de tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles del empleo OPEC No. 59603 denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1 de la Convocatoria 436 de 2017.

III. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA (fls. 1 a 253, archivo 13 expediente digitalizado)

Mediante escrito No. 08-2-2021-011343 allegado el 06 de septiembre de 2021 la mencionada accionada por conducto del Director (E) del SENA Regional Atlántico, contestó la acción de tutela refiriendo lo siguiente:

Solicita inicialmente que el libelo de la tutela sea remitido para su decisión de fondo a la jurisdicción de Atlántico, por cuanto las decisiones administrativas que el tutelante pretende discutir mediante esta acción sumaria para el amparo de sus derechos fueron tomadas en dicha localidad, que además coincide con la sede de la entidad demandada y quien dio respuesta a la tutela como se pueden evidenciar

según su competencia técnica y legal para ello, agregando que la OPEC 59603 fue ofertada para su provisión en el marco del concurso de méritos Convocatoria 436 del 2017, en la dependencia del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena – Regional Atlántico.

Refiere que por medio de la Resolución No CNSC 20192120011255 del 26 de febrero de 2019, conformó la lista de elegibles para proveer cinco (05) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 59603 denominado INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1 de la Regional Atlántico del SENA.

Aduce que de conformidad con la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, por lo que en el evento en que las personas que ocuparon los primeros lugares, no superaren el periodo de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos elegibles en estricto orden de mérito de manera descendente.

Explica que la CNSC expidió el 1 de agosto de 2019, un “CRITERIO UNIFICADO” en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelanten, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017.

Sostiene que el SENA no es sujeto pasivo de la presente acción de tutela, por cuanto no le corresponde la elaboración o conformación de listas de elegibles agregando que la lista de elegibles de la cual hace parte el accionante, fue establecida mediante la Resolución CNSC No 20192120011255 del 26 de febrero de 2019, la cual adquirió firmeza el 07/03/2019, el 08/04/2019 y 21/01/2020, (Sistema BNLE), es decir, hace más de veintiochos (28) meses, a la presentación de la presente acción constitucional tomadas desde la última ejecutoria, por lo que considera no se cumple el requisito de inmediatez.

Argumenta que la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad considerando 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 y que el mismo aportó como prueba con el escrito de tutela, por lo

cual debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011. O si lo debatido consiste en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, el mecanismo judicial principal es la acción de cumplimiento.

Señala que el accionante no invoca la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, ni probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar.

Informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, NO existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC No. 59603, el cual se denomina INSTRUCTOR 3010 grado 1.

Precisa con relación al listado de las vacantes enunciadas por el accionante (de las cuales considera que puede ser nombrado), que ninguno de esos cargos corresponde a la misma ubicación geográfica de la vacante en la cual participó el accionante con el código OPEC 59603, motivo por el cual, no se cumplen con las condiciones de ubicación geográfica exigidas por la CNSC en el criterio unificado del 16 de enero de 2020.

Solicita negar por improcedente las pretensiones del accionante, o en caso contrario, denegar las pretensiones.

2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC (fls. 1 a 100, archivo 17 expediente digitalizado)

Mediante escrito No. 20211401174871 allegado el 7 de septiembre de 2021, la mencionada accionada por conducto del Asesor Jurídico, contestó la acción de tutela refiriendo lo siguiente:

Que la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad en virtud a que existen otros medios de defensa judicial para controvertir las normas que rigen el concurso de méritos y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que regula la aplicación de la Ley 1960 de 2020 frente al uso de listas.

Aclara que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ofertó cinco (5) vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 59603, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20182120187125 del 24 de diciembre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que estará vigente hasta el 20 de enero de 2022.

Aduce que consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no ha reportado movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo tanto, las vacantes ofertadas se encuentran provistas con quienes ocupan las posiciones de la uno a la cinco (de la 1 a la 5).

Recalca que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no ha reportado vacante adicional a las ofertadas en el marco del Proceso de Selección, que cumpla con el criterio de mismos empleos.

Menciona que el señor Heiner Cuellar Guarnizo ocupó la posición siete (7), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20182120187125 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.

Expone que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado por la entidad, en consonancia con lo decidido 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”.

Reitera que solo habían cinco (5) vacantes, las que ya fueron satisfechas por los elegibles que ocuparon la posición meritosa, por tanto, el accionante debe estar atento a las vacantes que se fuesen generando por una u otra razón en dichos cargos (dentro de la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA), a efectos, ahí sí, de exigir el nombramiento de acuerdo al orden de la lista, antes de que expire dicho listado.

Menciona que en atención a diferentes órdenes judiciales, la CNSC mediante oficio No. 20212010527011 del 9 de abril del año en curso solicitó al SENA un estudio sobre los empleos equivalentes existentes en la planta de personal de dicha entidad que no hicieron parte del proceso de selección, versus aquellos que integraron la Convocatoria No. 436 de 2017 y para los que se conformó lista de elegibles, mismas que pueden, en aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, ser usadas para su provisión. En respuesta a esto, el SENA remitió un primer estudio al cual se le solicitó una confirmación frente algunos empleos, una vez, dicha entidad remita la información completa de las vacantes existentes y, en consecuencia de esa información, la solicitud de uso de listas que sean procedentes, se autorizarán las mismas.

Aduce frente a la pretensión que hace el accionante, en cuanto a optar por otro cargo equivalente o similar, que la misma no tiene asidero legal alguno, pues él concursó fue para el empleo de Instructor, Código 3010, Grado 1, del área temática de INTERACCIÓN CONSIGO MISMO, CON LOS DEMÁS, CON LA NATURALEZA Y CON LA TRASCENDENCIA, identificado con código de OPEC No.59603, entonces nombrarlo en otro empleo, generaría vulneración de los derechos de las personas que sí concursaron para los otros cargos, además, no reuniría todas las exigencias 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, ubicación geográfica 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 constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3. PARTICIPANTE DE LA CONVOCATORIA: DAVID ISAAC PINZÓN RAMÍREZ
(fls. 2 a 60, archivo 15 expediente digitalizado)

A través de memorial de 6 de septiembre de los corrientes allegado vía correo electrónico solicitó vincularse a la presente acción de tutela considerando que se están vulnerando también los derechos fundamentales invocados por el aquí accionante.

Informa que participó y culminó las etapas del Concurso Público Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ocupando el sexto lugar de elegibilidad dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos.

IV. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de esta acción según lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo previsto en el Decreto 333 de 2021 que modificó las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo planteado por el accionante en el escrito de tutela, corresponde al Despacho establecer, si las Entidades accionadas vulneran o no sus derechos fundamentales de igualdad, petición, trabajo y debido proceso, al no haber sido nombrado en un cargo similar al que concursó en aplicación retrospectiva de lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y al no usar la lista de elegibles vigente para proveer los cargos en otro equivalente que se encuentre vacante en el SENA.

3. MARCO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

3.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones tomadas en concurso de méritos

Jurisprudencialmente se ha sostenido que la acción de tutela es un mecanismo residual que busca proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así mismo, se ha sostenido que el Juez de Tutela **debe analizar en cada caso concreto si los otros mecanismos de defensa permiten ejercer la defensa de**

sus derechos y, en lo que respecta al ejercicio de la acción de tutela contra las decisiones que se adoptan dentro del concurso de méritos, la sentencia T – 180 de 2015 señaló:

“Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.”

Y en la sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: *“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”*

En ese orden de ideas, es preciso concluir que **en ciertas circunstancias** los mecanismos de defensa judiciales para controvertir decisiones adoptadas al interior de un concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, no resultan ser del todo idóneas y eficaces para proteger los derechos fundamentales de acceso a la función pública y al trabajo.

3.2 Concurso de méritos – sujeción a lo dispuesto en la convocatoria

El concurso público se ha establecido como una herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública predomine.

La Corte Constitucional ha afirmado que la provisión de empleos a través de concurso *“busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.”*¹, aunado a ello, el concurso de méritos es un procedimiento a través del cual se busca que quienes vayan a ocupar un

¹ Sentencia T-170 de 2013.

cargo público, tengan la capacidad e idoneidad para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias del cargo.

El artículo 30 de la Ley 909 de 2004 en concordancia con el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015, dispone que los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de contratos o convenios interadministrativos suscritos con universidades públicas o privadas. De igual manera, el artículo 31 ibídem señala que las etapas del proceso de selección comprenden: i) la convocatoria; ii) reclutamiento; iii) pruebas; iv) lista de elegibles; y v) periodo de prueba.

El Decreto 4500 de 2005, por su parte, establece que la CNSC mediante acto administrativo puede señalar el contenido de las convocatorias, los tiempos, la conformación de la lista de elegibles, la metodología, la clase de pruebas a aplicar y su número, el carácter eliminatorio o clasificatorio y las escalas de clasificación entre otras.

4. DE LAS PRUEBAS APORTADAS

4.1 Por la parte accionante (archivo 02 expediente virtual).

- Copia de la Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 (pág. 1-3).

Archivo 03 expediente virtual:

-Copia de la constancia de firmeza de la lista de elegibles (pág. 1-2)

4.2 Parte accionada - Sena (archivo 13 expediente virtual).

- Copia de la sentencia de tutela proferida en el expediente 2020-00217 por el Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla de fecha 26 de octubre de 2020 (pág. 45-51).

- Oficio 20202120242511 de 29 de febrero de 2020, asunto: Respuesta a consulta sobre uso de listas de elegibles en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 - Sena (pág. 52-55).

-Oficio 20202120578321 de 5 de agosto de 2020, asunto: Alcance Radicado No. 20202120546991 del 23 de julio de 2020 - Autorización Uso de Listas de Elegibles vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017 (pág. 57-58).

- Copia de la sentencia de tutela proferida en el expediente 2020-00201 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla de fecha 23 de octubre de 2020 (pág. 59-79).
- Copia de la sentencia de tutela de segunda instancia proferida en el expediente 2020-00201 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de fecha 30 de noviembre de 2020 (pág. 80-102).
- Copia de la sentencia de tutela proferida en el expediente 2019-00253 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Bucaramanga de fecha 27 de agosto de 2019 (pág. 103-115).
- Copia de la sentencia de tutela proferida en el expediente 2019-00277 por el Tribunal Administrativo del Meta de fecha 04 de octubre de 2019 (pág. 117-126).
- Copia de la constancia de firmeza de la lista de elegibles (pág. 127-131)
- Copia del oficio 1-2021, asunto: Reiteración Solicitud Autorización Uso de Listas de Elegibles vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017 (pág. 132-142).
- Copia de la Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 (pág. 143-145).
- Copia del oficio 20201020532491 de 15 de julio de 2020, asunto: 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 (pág. 146-191).
- Copia del oficio 20202120546991 de 23 de julio de 2020, asunto: Alcance Autorización Uso de Listas de Elegibles vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017 con su correspondiente respuesta (pág. 192-200).
- Copia de la sentencia de tutela proferida en el expediente 2020-00217 por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Barranquilla de fecha 04 de diciembre de 2020 (pág. 202-208).
- Copia de la circular Externa No. 0001 de 2020 de fecha 21 de febrero de 2020 (pág. 209-213).
- Copia del criterio unificado de la CNSC de 16 de enero de 2020 (pág. 214-216, 221-223).

-Documento compilatorio de los Acuerdos contentivos de la Convocatoria no. 436 de 2017 (pág. 224-253).

Comisión Nacional del Servicio Civil (archivo 17 expediente virtual).

-Copia de la constancia de firmeza de la lista de elegibles (pág. 26-29)

-Copia de la Resolución No. 11964 de 30 de noviembre de 2020, por la cual se conforma la Lista General de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 01, del Área Temática INTERACCIÓN CONSIGO MISMO, CON LOS DEMÁS, CON LA NATURALEZA Y CON LA TRASCENDENCIA, cuyo concurso fue declarado desierto en la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA (pág. 30-45).

- Copia del oficio 20201020532491 de 15 de julio de 2020, asunto: 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 (pág. 46-91).

- Copia de la Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 (pág. 93-95).

Tercero: David Isaac Pinzón Ramírez (archivo 15 expediente virtual).

-Copia del auto admisorio de la presente acción de tutela (pág. 4-6)

-Copia del escrito de tutela presentado por el accionante (pág. 7-54)

-Copia de la Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 (pág. 55-57).

- Copia de la constancia de firmeza de la lista de elegibles (pág. 57-59)

5. EL CASO CONCRETO

En el presente asunto, el accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales de igualdad, petición, trabajo y debido proceso, ordenando al Sena verificar en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo para el cual concursó, 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 a los que se aplicó las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y una vez ocurra ello, solicite a la CNSC el uso de la lista de elegibles.

Una vez ocurra lo anterior, pretende que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud de la lista de elegibles, proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a la OPEC 59603 con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1. Así mismo, que, en el mismo término, el SENA expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, y dentro de las 48 horas siguientes lo envíe a la CNSC, quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles.

De igual manera, solicita que el estudio de equivalencias que se realice 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.

En igual sentido, solicita que la CNSC elabore la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto, solicita lo remita dentro de los tres (3) días siguiente al SENA quien deberá nombrarlo dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse.

Finalmente, pretende que se ordene suspender la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se le dé total cumplimiento a este fallo de tutela y que las accionadas informen sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas.

El Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA manifiesta que se debe remitir la acción de tutela a la jurisdicción del Atlántico, agregando que no se cumplen los requisitos de inmediatez, subsidiariedad y que no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo Opec No. 59603, el cual se denomina instructor 3010, grado 1, solicitando negar por improcedente las pretensiones del accionante, o en caso contrario denegar las pretensiones.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil señala que la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad, que se ofertaron cinco (5) vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 59603 denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, y el Sena no ha reportado movilidad de la lista y las vacantes ofertadas se encuentran provistas con quienes ocupan las posiciones de la uno a la cinco. Agregó que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, solicitando declarar la improcedencia de la presente acción constitucional.

El señor David Isaac Pinzón Ramírez indica que participó y culminó las etapas del Concurso Público, Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ocupando el séptimo lugar de elegibilidad dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos 59603 y que debe vincularse a la presente acción de tutela considerando que se están vulnerando también los derechos fundamentales invocados por el aquí accionante.

En ese orden de ideas, el Despacho procederá a resolver lo concerniente a: (i) la competencia para resolver la presente acción; (ii) requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela; (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva del Sena; (iv) vinculación a la presente acción de tutela del señor David Isaac Pinzón Ramírez y (v) caso concreto.

(i) En lo concerniente a la competencia para resolver la presente acción, se encuentra que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991² establece que, *“Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.”*

La Corte Constitucional en Auto de 016 de 1994 aclaró *“que la expresión “a prevención” significa “que un juez conoce de una causa con exclusión de otros que eran igualmente competentes, por haberseles anticipado en el conocimiento de ella”.*

Como consecuencia de lo anterior, ante la presentación de la acción de tutela en esta jurisdicción por parte del accionante, éste Juzgado la admitió a través de

2

providencia de 3 de septiembre de los corrientes, conservando entonces la competencia para decidir el asunto propuesto.

En consecuencia, se niega la petición del Sena relacionada con remitir la acción de tutela al Departamento del Atlántico.

(ii) Frente a la presunta falta de cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela alegada por el Sena y la Comisión Nacional del Servicio Civil, se verifica lo siguiente:

Entendida la inmediatez como el término oportuno, justo y razonable en que debe interponerse la acción de tutela, se advierte que en el presente asunto a través de la Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 se conformó Lista de Elegibles para proveer las cinco vacantes ofertadas, lista que cobró firmeza el día 21/01/2020 y el vencimiento de la misma se producirá el 21 de enero del año 2022.

La presente acción de tutela fue interpuesta el 30 de agosto de 2021, siendo dable colegir que se presentó dentro del término de vigencia de la mencionada Lista de Elegibles y, por lo tanto, cumple con el requisito de inmediatez.

Por su parte, en lo relacionado con el requisito de subsidiariedad, que implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; se cumple dicho requisito debido a que si bien el accionante cuenta con otros medios de defensa, no es menos cierto que los mismos resultarían ineficaces ante las circunstancias que expone el accionante y la cercanía al vencimiento de la Lista de Elegibles.

(iii) Frente a falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual atañe a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, se tiene que el Sena si está llamado a responder en la presente acción, como quiera que es la entidad para la cual se realiza la Convocatoria 436 de 2017 y porque los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública que amenace o vulnere los derechos fundamentales.

(iv) En lo relacionado con la solicitud de vinculación a la presente acción de tutela del señor David Isaac Pinzón Ramírez, es preciso aclarar que la misma no es procedente, toda vez que si considera vulnerados sus derechos fundamentales deberá adelantar si a bien lo tiene, la correspondiente acción de tutela a título personal donde sustente las razones que conllevan a la misma. En ese sentido, la comunicación de la existencia de la presente acción de tutela que se ordenó y realizó a los demás integrantes de la lista de elegibles, se hace con la finalidad de garantizar el principio de publicidad y sus derechos de contradicción y defensa, pero ello no los habilita para hacer valer sus propias pretensiones con ocasión al trámite puesto en conocimiento.

(v) Frente al caso concreto, se encuentra que el señor Heiner Cuellar Guarnizo se presentó al cargo denominado Instructor, grado 1, código 3010 del SENA, identificado con OPEC 59603 de la Convocatoria 436 de 2017 para proveer cinco vacantes del Sistema General de Carrera del Sena.

Agotadas las etapas del proceso de selección y publicados los resultados definitivos obtenidos por cada uno de los aspirantes, la CNSC en atención a lo establecido en el artículo 51 del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, procedió mediante Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 a conformar la lista de elegibles, en la cual el accionante ocupó el puesto 7 con un puntaje total de 75.33. La firmeza de la anterior lista de elegibles inició a partir del 21 de enero de 2020.

La CNSC reitera que solo habían cinco (5) vacantes para el empleo al cual se presentó el accionante, las cuales ya fueron ocupadas por los elegibles que ocuparon la posición meritatoria. Por consiguiente, el accionante considera que en aplicación retrospectiva de lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, se debe usar la lista de elegibles vigente para proveer los cargos en otro cargo equivalente que se encuentre vacante en el Sena.

Con la expedición de la Ley 1960 de 2019 se realizaron modificaciones a la Ley 909 de 2004, siendo importante resaltar que en el artículo 6º se indicó:

“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

(...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”

Es decir, que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían tanto las vacantes existentes al momento de la realización del concurso, como también aquellas que surjan con posterioridad.

La Corte Constitucional en la sentencia T – 340 del 2020, admitió la posibilidad que la referida Ley 1960 sea aplicada con efectos retrospectivos, en lo que se refiere al uso de la lista de elegibles vigentes para la provisión de las vacantes definitivas de cargos no convocados que surgieron con posterioridad a la convocatoria y que sean equivalentes.

Como ya se indicó, el accionante solicita que se aplique en su favor los efectos retrospectivos de la Ley 1960 de 2019, teniendo en cuenta que ocupa el 7º lugar en la lista de elegibles y haberse generado a su juicio, vacantes en cargos similares al que concursó y no haber sido nombrado en periodo de prueba.

De lo probado en el expediente, se observa que a través de radicado No. 20203200636812 de 11 de junio de 2020 (archivo 13: pág. 131 y ss), el SENA remitió a la CNSC de manera compilada las vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017. En lo que respecta a la OPEC 59603 no se informó vacante adicional a las cinco iniciales o equivalentes.

Posteriormente, a través del oficio 20201020532491 de 15 de julio de 2020, la CNSC enlista los empleos disponibles en 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 (archivo 13: pág. 146-191). Al verificar el listado, no se advierte vacante adicional relacionada con la OPEC 59603.

Luego mediante oficio 20202120546991 de 23 de julio de 2020, cuyo asunto es “*Alcance Autorización Uso de Listas de Elegibles vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017*” (archivo 13: pág. 192-200), la CNSC informa al Sena que realizó la validación de las OPEC agrupadas (compuestas) por el Servicio

Nacional de Aprendizaje SENA, con el propósito de validar su similitud y determinar entre las listas cual es el aspirante que por orden de mérito se encuentra en posición de elegibilidad para proveer la vacante. Al revisar el listado no se encuentra vacante adicional a proveer y relacionada con la OPEC 59603 así como tampoco que la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. CNSC 20192120011255 de 26 de febrero de 2019 se encuentre habilitada para su uso al momento de proveer otras vacantes.

Aunado a lo anterior, Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que para la OPEC 59603 no existen vacantes adicionales a las cinco ofertadas inicialmente con la Convocatoria.

En ese orden de ideas, es posible advertir que tanto el SENA como la CNSC han realizado la verificación de los empleos que cumplen con las características de equivalencia a los inicialmente ofertados en la Convocatoria 436 de 2017 para autorizar el uso de la lista correspondiente, y así mismo, de aquellos que son iguales y no habían sido ofertados inicialmente en la referida Convocatoria.

Lo anterior, permite concluir que las accionadas han venido dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, sin que existan vacantes adicionales o equivalentes a las ofertadas inicialmente para la OPEC 59603 a la cual se presentó el accionante en los términos que quedaron consignados.

El accionante tampoco acredita que la lista se haya agotado y/o que no se haya respetado su orden, pues como es aceptado, al ocupar el puesto 7º no alcanzó a las 5 plazas ofertadas para la OPEC 59603, a la cual se presentó, ya que según las accionadas no existen cargos disponibles ni equivalentes para que el accionante pueda acceder a una vacante.

Por consiguiente, si el accionante no comparte las decisiones adoptadas por las accionadas, deberá hacer uso de los medios judiciales ordinarios para cuestionar la legalidad de tales decisiones administrativas.

Así las cosas, el accionante no ha demostrado que se le estén vulnerando los derechos fundamentales aducidos, y mucho menos, que se le este ocasionando un perjuicio irremediable.

En consecuencia, es claro que las accionadas han garantizado el ejercicio de los derechos invocados, circunstancia que conduce a que se deniegue la acción de

tutela al no configurarse la vulneración de los derechos fundamentales que alegó el accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena.

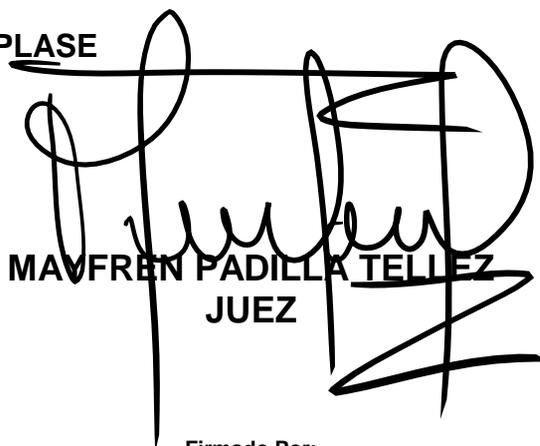
SEGUNDO: DENIÉGASE la solicitud de vinculación propuesta por el señor David Isaac Pinzón Ramírez conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DENIÉGASE la acción de tutela promovida por el señor **Heiner Cuellar Guarnizo** contra la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y el **Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes y al tercero por correo electrónico.

QUINTO: REMITASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAVFREN PADILLA TELLEZ
JUEZ

DN

Firmado Por:

Mayfren Padilla Tellez
Juez
006
Juzgado Administrativo
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

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

Código de verificación: **846b72160d0eff4cc01d03c996c10e15e0e64154d901a2bf41e158ef1be22ccb**
Documento generado en 10/09/2021 04:03:56 PM

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