

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ-CUNDINAMARCA**

ACCION DE TUTELA No. 110013105029202100412-00

ACCIONANTE: EDUIN ALBERTO IGLESIAS PEREZ
C.C. N. 72.023.310

ACCIONADA: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC,
Y EL SENA

FECHA: BOGOTA, ONCE (11) DE OCTUBRE DE DOS MIL
VEINTIUNO (2021).

ANTECEDENTES

El señor EDUIN ALBERTO ILGESIAS PEREZ identificado con cedula de ciudadanía No. 72.023.310 quien actúa en nombre propio, formuló Acción de Tutela en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, y el SENA; por considerar que dichas entidades ha vulnerado los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y funciones públicas vía merito así como los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio inescindibilidad de la norma respecto a la ley 1960 de 2019 con fundamento en los siguientes:

HECHOS

- Manifiesta el accionante que en cumplimiento de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la COMISION 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.

- Que las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, Verificación de requisitos mínimos, Aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y Funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, Valoración de Antecedentes, conformación de Listas de Elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en Periodo de prueba.
- Refiere que producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No. 20182120177985 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del 15 de enero de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No 58383, con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde me encuentro ocupando el lugar número DOS de elegibilidad con 82.88 puntos definitivos en la convocatoria 436 de 2017.
- Que, el literal e del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 hace referencia a la función de la CNSC de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles el cual reza:
"...ARTÍCULO 11. FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:
(...)e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia; (negrilla y línea fuera de texto)..."
 Resalta que es obligatorio por parte de la CNSC crear el banco de Lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.
- Que teniendo en cuenta el punto anterior, la CNSC expide el acuerdo 562 de 2016 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"
- Que el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, pretenden dejar el USO con LOS MISMOS EMPLEOS, lo cual es inconstitucional ya que no respeta el estricto orden de Mérito.
- Que el 16 de enero de 2020, La CNSC expide el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de

elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

- Que, la firmeza de la lista de elegibles venció en enero de 2021, sin que se le haya dado la posibilidad de un uso de la Lista de Elegibles, lo cual no es una potestad de la entidad sino un deber legal, con lo cual se le vulneran los derechos fundamentales a: dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía 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,
- Que, varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria 436 de 2017, NO fueron provistas por parte de la CNSC y el SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades.
- Indica que es obvio que, habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía habersele preferido al momento de la provisión del mismo, en atención al Principio de la Buena Fe, concretamente en el escenario de la contratación estatal, que permita la observancia irrestricta de las normativas exigidas para la vinculación de los funcionarios de esa entidad y así, mantener la vigencia de un orden justo.
- Dentro de esos valores y principios resulta relevante el análisis del principio de la Buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política que enseña que en sus actuaciones los particulares y las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la Buena Fe, contenido además en el Artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993.
- Actualmente se encuentra como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que me da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó.
- 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 dándole 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, a su criterio no cuentan con listas de elegibles con las cuales se pueda hacer Uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y con las que pretenden hacer un concurso mixto yendo en contra del principio de economía y austeridad ya que cuanto valdría un nuevo concurso para el SENA.

- Que, dentro de las vacantes reportadas en el punto anterior en ningún momento hace mención al perfil de los cargos ni a su núcleo básico del conocimiento ni a su eje temático. cuanto valdría un nuevo concurso para el SENA.
- Que dentro de los cargos mencionados presentan similitud con el cargo que se presentó en la convocatoria denominada Instructor, Código 3010, Grado 1.
- Que es imposible que de 170 vacantes en el SENA del Nivel Profesional, Instructor, Técnico y asistencial ninguno aplique funcionalmente para hacer un uso de lista de elegibles con las listas de la convocatoria 436 de 2017.
- Que el Sena contesta de manera masiva sin indicar de manera puntual los cargos que se encuentran desiertos vulnerando su derecho de petición.
- Señala que el 30 de noviembre de 2020, el Juzgado 12 Administrativo de Bogotá Sección Segunda emitió un fallo de tutela con efectos intercomunis del cual todos los elegibles fueron cobijados.
- Que el 28 de enero de 2021 en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revoco los efectos intercomunis del fallo de tutela protegiendo solamente los derechos invocados por la accionante, exhortando a los demás ejercer directamente la acción constitucional.
- Que las entidades tienen el deber legal de hacer uso de lista de elegibles con los cargos declarados desiertos y no ofertados, por lo tanto, así las listas de legibles se encuentren vencidas no es un impedimento para realizar los nombramientos en periodo de prueba.
- Que el SENA pretende sacar un nuevo concurso con los cargos vacantes y no ofertados, que no lo puede hacer por que fue expedidla ley 1960 de 2019, como quiera que existen unos derechos de los elegibles de las diferentes listas de las convocatorias.

TRAMITE

Admitida la presente acción de tutela, se dispuso notificar y correrle traslado a las accionadas, y se vincula a la ANI; con el fin que ejerzan su derecho a la defensa, solicitándole, informara sobre la presunta vulneración de los derechos invocados por el accionante. En la misma providencia se resolvió la medida provisional solicitada la cual fue negada.

CONTESTACIONES

Por su parte la accionada SENA a través de la Doctora Jacqueline Rojas en condición de Directora, indica que en consideración que la OPEC 58383 fue ofertada para su provisión en el marco del concurso de méritos convocatoria 436 del 2017 en dependencias servicio nacional de aprendizaje SENA regional Atlántico, sumado a ello, debe tenerse en cuenta lo indicado en los criterios unificados por la CNSC, respecto al mismo empleo y el criterio de ubicación geográfica para la provisión de empleos.

Que por medio de la resolución N. CNSC 20182120177985 del 24 de diciembre de 2018, conforme la lista de elegibles para proveer una vacante el empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC N. 58383 de nominado INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1 de la Regional Atlántico del Sena. Que, de conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero la lista de elegibles se confirmó con cuadro (04) ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el puesto 2, con un puntaje de 82.88.

Que la CNSC expidió el 01 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 solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017, de la siguiente forma:

"... Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convenio.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para la lista de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicables a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijado por la ley ampliamente mencionada..."

Señala que la lista de Elegibles corresponde a la CNSC y no al SENA, quien solo tiene el deber de realizar el nombramiento dentro de los 10 días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles de conformidad al decreto 1083 de 2015.

Así mismo indica que la lista de elegibles de la cual hace parte el accionante, fue establecida mediante la resolución CNSC 20192120011255 del 26 de febrero de 2019, al cual adquirió firmeza el 07/03/2019, el 08/04/2019 y 21 de enero de 2020, es decir hace más de 28 meses a la presentación de la acción constitucional tomadas desde la última ejecutoria, por lo que considera no se cumple con el requisito de la inmediatez.

Indica que el accionante cuenta otro medio defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA y la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que el mismo apotro como prueba en el escrito de tutela, por lo que deberá demandar dicha decisión, en este caso ante 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, mecanismo judicial es la acción de cumplimiento. De igual manera señala que cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales.

Que como se observa, los supuestos facticos de procedencia de la acción de tutela difieren, en el presente asunto por cuanto se reitera, el accionante puede acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa encontrando una solución efectiva, y oportuna para solucionar el problema jurídico como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual se pueden solicitar las medidas cautelares previas, resaltando, que esta última circunstancia no existía al momento de proferirse el fallo, por cuanto no se encontraba en vigencia la Ley 1437 de 2011.

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 debe tutelar.

Señala que de acuerdo con lo anterior, las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que la accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC 59384, será oportunamente informado, como quiera que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado.

Que con relación al uso de listas de elegibles en otros empleos, la CNSC en criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, aclaró: “... 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 los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC...”.

Que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitiva generadas con posterioridad a la realización de la convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concurso fueron declarados desiertos no existe vacante que corresponda al empleo OPEC N. 58383 el cual se denomina Instructor 3010 Grado 1.

Que con relación al listado de las vacantes enunciadas por el accionante, aclarar que ninguno de esos cargos corresponde a la misma ubicación geográfica de la vacante en la cual participo el accionante con el código OPEC 58383, motivo por el cual, no se cumplen con las condiciones de ubicación geográfica exigidas por la CNSC en el criterio unificado de enero de 2020.

Señala que la ley 1960 de 2019 no es aplicable a la convocatoria 436 de 2017, junto con sus listas de elegibles por cuanto las misma fueron actuaciones definidas conforme a las leyes anteriores, generando derechos según lo establecido en las reglas de la convocatoria. Que pretender el amparo de un derecho que se unifiquen las listas, conforme lo establece la ley 1960 de 2019, afectaría los derechos a la igualdad, debido proceso de los ciudadanos que participaron en el concurso, que escogieron una OPEC, sin saber que podrían haberla modificado como lo pretende el accionante y de los que no se inscribieron por que la OPEC 59603 se encontraban un lugar diferente al deseaban presentarse.

Que en desarrollo del principio de proporcionalidad, la interpretación realizada por la CNSC consistente en que el concurso que adelanto el SENA con la convocatoria 436 de 2017, se surtió de manera previa a la expedición de la ley 1960 de 2019, por lo que no le es aplicable sus disposiciones, es adecuada por cuanto cumple con los principios básicos, integradores de su configuración material, teniendo en cuenta que la ultractividad de la ley 909 de 20004, es idónea por cuanto es adecuada a la consecución de un fin constitucional legítimo, como es garantizar los principios de igualdad, debido proceso y confianza legítima. Que permitir la reconfiguración de las listas de elegibles, adicional que es crear un procedimiento diferente al establecido en la reglas del proceso, afecta los derechos fundamentales de los ciudadanos que pretenden ocupar estas vacantes cuando nuevamente sean ofertados.

Concluye que no existe una vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte del SENA quien tiene el deber legal de dar cumplimiento a las reglas de la convocatoria pública, por lo que solicita negar por improcedente las pretensiones del accionante.

Por su parte la **COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL** a través del Doctor Jonathan Daniel Alejandro Sánchez comunica que la accionante no es una elegible como quiera que la lista de la cual hace parte ha perdido vigencia y por tanto su fuerza ejecutoria. Que en consecuencia el accionante no es titular de los derechos fundamentales que estima vulnerados y cuya protección solicita mediante al acción de tutela.

Señala que el presente asunto no es de resorte de la entidad, quien perdió competencia al acaecer la firmeza de la lista de elegibles. Que la inconformidad del accionante versa sobre decisiones judiciales frente a las cuales esa entidad no tiene injerencia alguna, como quiera que el órgano judicial es independiente en sus decisiones siempre que se encuentren en consonancia con la ley y la constitución.

Señala que la acción de tutela carece del criterio de inmediatez, atendiendo al hecho de que parte accionante interpuso la acción de tutela solo hasta el mes de septiembre de 2021, a pesar de conocer su estado en el proceso de selección desde la publicación de la lista de elegibles, esto es, 15 de enero de 2019, perdiendo vigencia el 14 de enero de 2021, en tal sentido y en consideración al hecho de que su situación no ha cambiado, se concluye que presunta vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte accionante no es actual.

Que la inconformidad del accionante gira en torno al inconformismo de la normatividad que rige el concurso de méritos, la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran plenamente reglamentadas e al acuerdo rector del concurso de méritos, así como en los criterio proferidos por esa Comisión, entre lo que se encuentra el criterio unificado del 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de las cuales el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los mismos.

Indica que el accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, como quiera que, al no encontrarse en una lista de elegibles, no existe lugar a su nombramiento, el accionante fue excluido del concurso con anterioridad a la consolidación de lista de elegibles, y corresponde a una disposición de la cual tiene conocimiento la parte actora desde la publicación del acuerdo rector del concurso de méritos, el cual puede ser atacado a través de los mecanismos previsto en la ley.

Que en presente caso no resulta precedente el uso de listas solicitado por el accionante, para las conformaciones nuevas vacantes, pues se le estaría dado aplicación a la ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la expedición del acuerdo de la convocatoria, fue expedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose bajo ese amparo.

Que la ley 1960 solo es aplicable a procesos de selección incoados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad.

Señala que el accionante no alcanzo el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles par a proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de elegibles acaeció la pérdida de fuerza 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.

Finalmente solicita declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados por el accionante por parte de esa entidad.

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Constitución Política de Colombia en su art. 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo *sui generis* para que todo ciudadano acuda cuando considere que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

En el presente caso, lo que se plantea básicamente es que el juez constitucional, proteja los derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, petición, trabajo, debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas, principio de confianza legítima, buena fe seguridad jurídica y principio de inescindibilidad de la norma respecto de la ley 1960 de 2019 y como consecuencia al SENA verificar su planta global de empleos que cumplen las características del equivalente del empleo OPEC N. 58383 denominado Instructor Código 3010 Grado 1, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el aplicativo del sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO), acto seguido solicitar a la CNSC el uso de la lista de elegibles, que se estudie las equivalencias.

Ahora bien, el despacho procede a determinar si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por el accionante:

Debido proceso

El derecho al debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad y como pilar primordial del ejercicio de las funciones públicas¹, es un derecho fundamental que tiene por objeto la preservación y efectiva realización de la justicia material. Este derecho, ha sido ampliamente reconocido como un límite al ejercicio, in genere, de los poderes públicos; esto, pues tal y como lo preceptúa la Constitución Política², debe ser respetado indistintamente, tanto en las actuaciones administrativas, como en las de carácter jurisdiccional.

El derecho al debido proceso está conformado por un conjunto de garantías que tienden por el respeto y protección de los derechos de los individuos que se encuentran incursos en una determinada actuación de carácter judicial o administrativa; y en virtud de las cuales, las autoridades estatales cuentan con la obligación de ajustar su accionar conforme a los procedimientos contemplados para cada tipo de trámite.

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas o excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren los derechos fundamentales.

Puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión para la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Del perjuicio irremediable para determinar la viabilidad de la acción de tutela contra actos administrativos

Sobre el punto de la idoneidad del otro medio de defensa, la Corte Constitucional ha sostenido que para su determinación es necesario efectuar el estudio de cada caso en concreto:

“...el fallador debe confirmar que el medio de defensa judicial sugerido tiene la aptitud necesaria para brindar una solución “clara, definitiva y precisa” al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Por ende, en la sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) se consideró pertinente verificar en concreto, si “el otro medio de defensa judicial existente, en términos cualitativos, ofrece la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela” (Sentencia T-946/09 Corte Constitucional).

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos sentencia T059 de 2019

“...Lo anterior quiere decir que por regla general la tutela no es el mecanismo procedente para atacar la legalidad de actos administrativos, pues la ley ha determinado los mecanismos idóneos para tal fin. No obstante, se repite, si la tutela es empleada ante la ausencia de otros mecanismos de defensa judicial, la misma se torna procedente.

Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1.Particularmente,cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron aun sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i)la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o,(ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico...”

Procedencia de la acción de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos cuando ya se conformó la lista de elegibles

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso, por lo cual se trae a colación sentencia T-049/19 que señalo:

“...Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho...”

Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo sentencia T-340 de 2020.

3. 6.1. 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 Ley1567 de 1998 y se dictan

otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, 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". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio el accionante Eduin Alberto Iglesias acude a la acción constitucional al considerar que la convocatoria N. 436 de 2017 adelantada por la CNSC, lesiona sus derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, petición, trabajo, debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas, principio de confianza legítima, buena fe seguridad jurídica y principio de inescindibilidad de la norma respecto de la ley 1960 de 2019, pues no se ha procedido a su nombramiento y posesión en la planta de personal del SENA, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, en cargo equivalente o desierto cuya denominación es Instructor Código 3010 Grado 1 y que no fueron objeto de oferta mediante la convocatoria.

Para resolver lo anterior y conforme a los criterios jurisprudenciales citados, se tiene que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso de méritos a través de la convocatoria N° 436 de 2017 para proveer cargo de empleo identificado con la OPEC N° 85353 Instructor Código 3010 Grado 1 con una vacante, ocupando el accionante el segundo puesto según la lista de elegibles N° 2018212017785 del 24 de diciembre de 2018, lista que comenzó a regir el 15 de enero de 2019 y culminó su vigencia el 14 de enero de 2021, así lo acreditan las pruebas documentales aportadas al expediente y es aceptado además por las accionadas.

Ahora bien, una vez revisadas las documentales aportadas a la acción de tutela, observa el despacho que el empleo al cual se postuló el accionante fue ya objeto de provisión por la conformación de lista de elegibles en la que el señor Rafael María Hurtado Barrera ocupó el primer puesto con 83.44 puntos y el accionante el segundo puesto con 82.88 puntos, siendo en este punto importante señalar que la

lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso, y el segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria, por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad hace uso de la lista de elegibles en los cargos que fueron objeto de concurso.

Ahora, en efecto, en casos como el que se plantea en esta acción constitucional, la lesión de un derecho fundamental solo puede ser el resultado de una acción u omisión ilegítima o arbitraria atribuible a las entidades accionadas, luego se torna necesario efectuar el estudio de si las razones que motivaron lo resuelto por la administración son contrarias a la constitución y la Ley, y si ello implicó un grave perjuicio al accionante.

Sobre el tema debe señalarse que el sistema de concurso de méritos es el mecanismo legal de ingreso a los cargos públicos que debe garantizar el respeto a los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, igualdad de oportunidades, confiabilidad en la verificación de las aptitudes de los aspirantes e imparcialidad, todo en cumplimiento de lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política. Por lo tanto, el concurso de méritos consagra el conjunto de reglas a las que deben someterse todos los concursantes y la administración en aras de que ese sistema normativo que lo regula sea coherente con la forma en que el mismo se desarrolla.

De otro lado, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, y la gerencia pública, previó, entre otros aspectos, los principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, las etapas del proceso de selección y en general, determinó todas y cada una de las garantías y procedimientos que deben observarse para proveer los cargos sometidos a concurso público. Son precisamente esas directrices las que imponen a las entidades accionadas la obligación de agotar el proceso de selección sin dilaciones injustificadas y con apego a cada una de las etapas preestablecidas en la ley.

Con posterioridad fue expedida la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de permitir que, con las listas de elegibles vigentes, se cubran las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, Ley en cuyo artículo 6 dispone que la lista de elegibles se aplicará “en estricto orden de méritos” para cubrir “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”.

Frente a la aplicación de dicha norma, la Corte Constitucional señaló en sentencia T-340 de 2020 que *“...como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles... “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 20046. Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley....”*

Aunado a lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 20 de enero de 2020, criterio que es acogido por la Corte Constitucional como se desprende de la sentencia T-340 de 2020, en el cual estableció que *“...las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas 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...”*, y lo cierto es que en este caso se encuentra en discusión por parte del SENA, quien insiste en que el cargo al que pretende el accionante sea nombrado ninguno corresponde a la misma ubicación geográfica de la vacante en la cual participo, aspectos que, en todo caso, deben someterse al estudio del juez natural y no del juez constitucional.

El debate planteado por el tutelante es de matices únicamente legales más no constitucionales, pues se trata de definir si un cargo es equivalente a otro en aras de realizar un nombramiento por lista de elegibles, cosa que naturalmente la Constitución no regula, por lo que es dable concluir además que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial tal como lo ha señalado la Corte Constitucional al señalar en sentencia T-1110 de 2003:

“(...

*“...Por el contrario, el cuestionamiento sobre la conformación de la lista de elegibles, el desarrollo de una determinada prueba o su elaboración, o el posible primer puesto que puede llegar a tener un aspirante dentro del registro, son problemas en principio ajenos al ámbito constitucional y deben ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario idóneo para debatir asuntos de esta naturaleza, así como cualquier otro que surja en el trámite y desarrollo del proceso de selección, clasificación o integración de la lista de elegibles”
(...)”*

Observa el despacho que la expectativa del accionante se vio truncada por el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el concurso para el cargo al cual participó y aunque se encuentra vigente la ley que permite el uso de las listas para cargos vacantes, es de anotar que esto es válido, una vez se superaran las condiciones para tal efecto, en la medida que tal uso debe provenir del estudio de equivalencias que se realice por las autoridades correspondientes, dentro del término de vigencia de la lista y no en fecha posterior a ella.

En ese orden de ideas, no se encuentra en el presente caso que se haya vulnerado derechos constitucionales al tutelante, en la medida que la discusión si el cargo al que aspira ser nombrado por equivalencia es similar o no al cargo para el que concurso es un debate de orden legal y no constitucional, máxime si se tiene en cuenta que según la entidad son varios cargos a proveer, respecto de los cuales se deberían realizar los estudios correspondientes.

Adicional a lo anterior, no se puede desconocer que en el presente caso, pese a que la lista empezó su vigencia en el año 2019, que la Ley 1960 de 2019 fue promulgada el 27 de junio de 2019, solo hasta el 28 de septiembre de 2021 con la presentación de la presente acción constitucional, el accionante solicita el uso de la lista para cargos equivalentes, encontrándose que **a la fecha ya expiró la vigencia de la lista de elegibles** que lo fue el 14 de enero de 2021, y en consecuencia se estaría en presencia de una carencia actual de objeto porque se configura uno de los tres eventos que dan lugar a la imposibilidad material para emitir una orden en concreto, porque no se podría emitir una orden de nombramiento respecto de una lista que no tiene vigencia como lo señala la entidad accionada.

La Corte en sentencia T-155 de 2017, recordó la sentencia T-481 de 2016 sobre el concepto de “carencia actual de objeto” y los eventos que dan lugar a ello, como son el “hecho superado”, “daño consumado” y la “situación sobreviniente”.

“(...)”

En Sentencia T-481 de 2016, esta Sala reiteró el desarrollo constitucional respecto del concepto de “carencia actual de objeto” y los tres eventos que se configuran, con el fin de identificar la imposibilidad material en la que se encuentra el juez de la causa para dictar alguna orden que permita salvaguardar los intereses jurídicos que le han sido encomendados. Este fenómeno puede surgir de tres maneras: (i) hecho superado, (ii) daño consumado o (iii) situación sobreviniente.[15]

- (i) *El hecho superado: “regulada en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, como producto del obrar de la entidad accionada, se eliminó la vulneración a los derechos fundamentales del actor, esto es, tuvo lugar la conducta solicitada (ya sea por acción o abstención) y, por tanto,(i) se superó la afectación y(ii) resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer”[16]*
- (ii) *El daño consumado “se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental”[17]*
- (iii) *Situación sobreviniente surge con el acaecimiento de alguna situación, que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, en la cual la vulneración predicada ya no tiene lugar debido a que el o la tutelante pierde el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o por que el actor asumió una carga que no le correspondía.[18]*

(...)”

En conclusión, en el presente caso no se acredita la vulneración de un derecho fundamental, durante el trámite del concurso en el cual se garantizó el derecho fundamental al debido proceso con los términos concedidos para la interposición de las reclamaciones y las respectivas decisiones otorgadas en la convocatoria, por lo que al no observarse la vulneración de los derechos fundamentales por parte de las accionadas frente al accionante se negará el amparo constitucional solicitado.

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **NEGAR** la acción de tutela presentada por el señor EDUIN ALBERTO IGLESIAS PEREZ identificado con la C.C. N. 72.023.310, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: **NOTIFIQUESE** a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de IMPUGNACION, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

TERCERO: En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO