

INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C., A los ocho (8) días del mes de septiembre de 2020, pasa al Despacho de la señora Juez impugnación presentada por el accionante contra fallo de tutela con radicado 2020/00239 del 21 de agosto de la presente anualidad, informando que fue notificada el 21 mismo. Sírvese proveer.

EMILY VANESA PINZÓN MORALES
Secretaria

JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
D.C.



Acción de Tutela Radicado No. 110013105024 2020 00239 00

Bogotá D.C., a los ocho (8) días del mes de septiembre del 2020

Visto el informe secretarial que antecede, se observa que la impugnación allegada pro el accionante, fue presentada de forma extemporánea, en razón a que el fallo fue proferido y notificado el 21 de agosto de 2020, y conforme lo señala el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, las partes tiene como término para realizar la respectiva actuación tres (3) días, periodo que evidentemente fue superado, ya que solamente fue radicada hasta el 8 de septiembre del presente año.

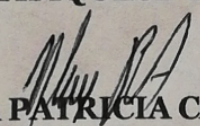
En consecuencia;

DISPONE:

PRIMERO: RECHAZAR la presente impugnación por haberse presentado fuera del término.

SEGUNDO: Comuníquese la presente decisión por el medio más expedito al accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NOHORA PATRICIA CALDERÓN ÁNGEL
Juez

JAE

JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

La anterior providencia fue notificada en el

ESTADO N° _____ de Fecha _____

Secretario _____

**JUZGADO VEINTICUATRO (24) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
D.C.**



**Referencia: Sentencia de Tutela radicado No. 110013105024 2020 00265
00**

Bogotá D.C., a los ocho (08) días de septiembre de 2020

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., procede a resolver de fondo la Acción de Tutela instaurada a nombre propio por **CARMEN MABEL GUALTERO JARAMILLO**, identificada con C.C. 1.096.033.876, contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC**, y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por mérito, debido proceso, mínimo vital y móvil, trabajo en conexidad con la vida digna, igualdad, derecho a cargos públicos para conformar lista de elegibles para cargos vacantes ofertados en el marco del concurso de mérito del que participó, vulnerados por la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC**, y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**.

I. ANTECEDENTES

La demandante manifiesta en síntesis que se inscribió y presentó a la convocatoria para otorgar cargos administrativos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), dentro de la convocatoria pública No.436 de 2017, para el cargo OPEC 57116 correspondiente a un técnico administrativo en grado 3, los requisitos mínimos solicitados en la convocatoria fueron: Título de formación tecnológica en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Administración o Derecho y afines o Contaduría Pública o Ingeniería Industrial y afines o Ingeniería Administrativa y afines. Título de Especialización Tecnológica en disciplina relacionada con las funciones del empleo, 12 meses de experiencia relacionada o sus equivalencias. Mediante la Resolución No. 20182120146605 del 17 de octubre de 2018, la CNSC conformó y adoptó la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 57116, denominado Técnico G 03, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017, en la cual ocupó el segundo 2º orden de elegibilidad en la lista de elegibles, que se encuentra en firme.

Señala que el día 20 de febrero de 2020, radicó derecho de petición No. 20203200284852 a la CNSC, por medio del cual solicitó: “Mérito en la lista Nacional de elegibles de la convocatoria 436 de 2017”, la cual le respondió:

“...que lo empleos declarados desiertos objeto de consulta, no será provistos con empleos equivalentes, toda vez que la Sala Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante providencia del 20 de febrero de 2020 determinó revocar los fallos impugnados, proferidos por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá...(...).

...la provisión de empleos declarados desiertos se hará de conformidad con lo estipulado en el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019” aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020...”

(...)

*Aunado a lo anterior no resulta procedente realizar estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC Nro. **57116**, toda vez que a la fecha no media orden judicial o solicitud de autorización de uso elevada por parte del...-SENA; en ese entendido y como quiera que Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria en la lista de legibles conformada mediante la Resolución No. 20182120146605 del 17 de octubre de 2018, para proveer una (1) vacante del empleo Nro. **57116**, denominado Técnico Grado 3, se encuentra en espera hasta que se genere una vacante durante la vigencia de la precitada lista, es decir, **hasta el 20 de febrero de 2021.***

La accionante realiza un paralelo del numeral 4, del artículo 31 de la ley 909 de 2014 sin modificación y con la modificación introducida por el artículo 6 de la ley 1960 del 27 de junio 2019, resaltando la adición en cuanto que con la lista de legibles en estricto orden también se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Frente a su aplicación, agrega que la CNSC el 01 de agosto de 2019 expidió un Criterio Unificador "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" para fijar el alcance de la nueva normativa, criterio, posteriormente aclarado mediante el documento denominado "ACLARACIÓN" "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", en el que preciso "vacantes ofertadas", como a las que fueron objeto del proceso de selección como para las vacantes que generaran con posterioridad a la convocatoria y corresponden a los mismos empleos, esto es, con los mismos componentes de denominación: código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones.

Refiere la tutelante, que a través de auto de la 202020010000434 del 22 de enero de 2020 la CNSC, emitió un informe de resultados del estudio de equivalencias funcional y de salarios respecto de la lista de empleos declarados desierto para el momento de la decisión proferida por el Juzgado veinte (20) Civil del Circuito de Bogotá, considera que a través de este fue posible conocer la existencia de 3 vacantes declaradas desierto Técnico G-03 con los mismos componentes de denominación de las declaradas desierto, a las que podría acceder si hacen una lista general para suplir estas vacantes declaradas desierto (OPEC: 60554; 58252 y 56967).

Señala que la accionada que mediante Resolución N° 4052 de 2020 la CNSC conformó Lista General de Elegibles para proveer las vacantes del empleo denominado Instructor Grado 1, del área temática en Derechos Humanos cuyos cargos fueron declarados desierto, lo cual estima vulneratorio al derecho a la igualdad pues lo mismo no se realizó en su caso, cuestiona, la planeación del concurso y el fraccionamiento de los empleos, en donde finalmente personas con menor puntaje al suyo están nombradas, y no los mejores puntajes como aduce debe obedecer en un concurso de méritos., y refiere la CNSC y el SENA por orden judicial han expedido lista de legibles como ella lo reclama.

Finalmente, reitera las Opec que reclama están declaradas desierto, fueron sometidas a concurso en esta convocatoria y son equivalentes, y cumple con todos los requisitos de ley y que, si bien se encuentran en diferentes ciudades, está dispuesta a trasladarse.

II. SOLICITUD

CARMEN MABEL GUALTERO JARAMILLO, solicita se amparen sus derechos fundamentales por la presunta vulneración de sus derechos al acceso a la carrera administrativa por mérito, al debido Proceso, derecho al mínimo vital y móvil, derecho al trabajo en conexidad con la vida digna, derecho a la igualdad, derecho al acceso a cargos públicos para conformar lista de elegibles para cargos vacantes que fueron ofertados en el marco del concurso de méritos en el que participó, en consecuencia, se ordene al SENA que la nombre en período de prueba en alguno de los cargos de declarados desierto con

las OPEC 60554 de la Resolución 201821201552764 del 25/10/2018, la Opec 58252 de la Resolución 20182120152755, la Opec 56967 de la resolución 201821201527715 del 2/10/2018 de la Convocatoria No. 436 de 2017, previa conformación del Banco de elegibles a cargo de CNSC, a través del estudio de equivalencias y emita autorización para su uso en el término que sea considerado se profiera el acto administrativo a su favor, de conformidad con el artículo 11 del Acuerdo 562 de 2016 a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Radicada la tutela y recibida en este despacho el día 26 de agosto de 2020 (fl 1), mediante providencia del 27 de agosto de 2020 (fl 80), se admitió y ordenó a notificar a las accionadas COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, Y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, se ordenó vincular y notificar a todas las personas que según Resolución 20192120146605 del 17 de octubre de 2018, conforman la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del cargo de carrera administrativa denominado técnico grado 3, ofertado a través de la convocatoria no. 436 de 2017, Opec No. 57116 del servicio nacional de aprendizaje –Sena, concediéndoles el término de veinticuatro (24) horas para que se pronuncien sobre los hechos de la tutela, aportando para ello copia de los documentos que sustenten las razones de lo dicho.

IV. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

La Comisión Nacional del Servicios Civil- CNSC, a través del asesor jurídico, realiza una descripción de la normatividad que rige la provisión de cargos por mérito, donde destaca que de acuerdo a lo establecido en criterio unificado del 16 de enero de 2020, se dispuso: *“(...)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”, entendiéndose como mismo empleo aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.*

Asimismo, manifestó que, durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, no ha reportado vacantes adicionales a la ofertada en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 que cumpla con el criterio de mismos empleos; una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles no se evidenció que el Sena haya reportado ante la entidad derogatoria de acto administrativo de nombramiento, ni que se haya declarado la vacancia definitiva por alguna causal de retiro del elegible para ocupar la posición meritoria de conformidad con las vacantes ofertadas, y corroboró que la señora Carmen Mabel Jaramillo ocupo la posición dos en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No CNSC-20182120146605 del 17 de octubre de 2018 y por ello no alcanzo el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo conforme la vacante ofertada. La accionante se encuentra sujeta no solo a la vigencia, sino al tránsito habitual de las listas de elegibles, cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, por lo tanto, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela por no existir vulneración de los derechos fundamentales por parte de la respectiva entidad. (fls 87-93).

Por su parte el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, adujo que la conformación de la lista de elegibles le corresponde es a la CNSC y no al SENA, quien solo tiene el deber legal de realizar el nombramiento dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles, de conformidad con el Decreto 1083 de 2015, por ello no es sujeto

pasivo de la presente acción de tutela, por cuanto no le corresponde la elaboración o conformación de listas de elegibles; la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante, fue establecida mediante la Resolución No 20182120146605 del 17 de octubre de 2018, la cual quedo en firme para los primeros puestos el 21 de febrero de 2019, es decir, hace más de quince (15) meses, a la presentación de la presente acción constitucional, por lo que considera no se cumple el requisito de inmediatez.

Respecto al requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, manifiesta 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 aporte 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, teniendo en cuenta que la tutela es un mecanismo excepcional, además, señala que la sentencia SU-913 de 2009 mencionada por la peticionaria no es aplicable al caso, pues en aquella oportunidad el concurso se había dilatado por más de 18 años para las personas que habían participado para la designación de notarios en propiedad y en razón de ello intervino la Corte Constitucional, y en relación al fallo proferido por el Consejo de Estado de fecha 6 de mayo de 2011, con número de expediente N 08001- 23-31-000-2010-01199-01, resalta en primer lugar, que la decisión tiene efectos inter - partes, por lo que no constituye precedente jurisprudencial y de todas formas los hechos debatidos eran diferentes, ya que correspondía a un ciudadano que se presentó en la convocatoria 001 de 2005, para ocupar un empleo de Bombero de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, el cual ocupaba en provisionalidad, y del cual se consideró como no admitido, por cuanto si el accionante acudía a la Jurisdicción contenciosa Administrativa, al momento de fallar, ya se habría conformado las listas de elegibles, y realizado los nombramientos.

En relación al perjuicio irremediable estima la entidad que la accionante no probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar y que lo que pretende es que se modifique el procedimiento establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, para tal fin, solicita e interpreta la forma en que se debe aplicar el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC, situación que en ningún momento esboza un perjuicio irremediable, por lo tanto, solicita negar la acción de tutela por improcedente.

Por otra parte, se encuentra que conforme auto admisorio se ordenó vincular a todas las personas interesadas dentro de la convocatoria 436, sin embargo, no se allegó al Despacho manifestación alguna a pesar de haberse efectuado la notificación por parte del SENA y publicada por la Comisión Nacional de Servicio Civil a través de la página web <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>.

V. CONSIDERACIONES

-COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de esta acción constitucional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, y lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017 que dispone en numeral 2º “*Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden*

nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría...”, como sucede en este caso.

-PROBLEMA JURÍDICO

Se debe determinar, ¿si procede la acción de tutela para controvertir un acto administrativo expedido en el marco de un concurso público de méritos para proveer cargos en carrera administrativa en el sector público?, y ¿Si las accionadas, le están vulnerando, a la señora CARMEN MABEL GUALTERO JARAMILLO, los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por mérito, Derecho al debido Proceso, derecho al mínimo vital y móvil, derecho al trabajo en conexidad con la vida digna, derecho a la igualdad, derecho al acceso a cargos públicos para conformar lista de elegibles para cargos vacantes que fueron ofertados en el marco del concurso de méritos de la convocatoria 436 de 2017 con otras OPEC?.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

1. De la Acción de Tutela y requisitos generales de Procedencia de la acción de tutela

La Corte Constitucional ha señalado entre otras decisiones en la sentencia T- 500 de 2019, en cuanto a los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, lo siguiente:

2.3.1 De conformidad con el artículo 86 Superior¹ la acción de tutela es un instrumento judicial de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o, excepcionalmente, de un particular. Se trata de un procedimiento preferente y sumario y, se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) de existir, no resulta eficaz o idóneo en virtud de las circunstancias del caso concreto, como las condiciones personales de vulnerabilidad del afectado o, (iii) el amparo constitucional se presente de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

2.3.2 Sobre el desarrollo normativo de la referida acción, la Corte constitucional ha precisado que si bien se trata de un trámite informal, el mismo requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos generales que determinen su procedencia: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez). (Citas incluidas en el texto original)

2. Requisito de subsidiariedad

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha señalado que la subsidiariedad es un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, y se manifiesta cuando no se disponga de otro mecanismo judicial para reclamar el presunto derecho vulnerado, o que, a pesar de existir no es idóneo, y se demuestra un perjuicio irremediable, explicó²:

2.3.4. Subsidiariedad: La acción de tutela constituida como un mecanismo de protección de derechos constitucionales fundamentales, solo procede cuando el afectado: (i) no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) exista pero no sea idóneo o eficaz a la luz de las circunstancias del caso concreto³ o, (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.3.4.1. En lo que respecta a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Alto Tribunal Constitucional ha advertido que este configura cuando se está ante un daño: “... (a) Cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación

¹ Reglamentado por el Decreto Ley 2591 de 1991.

² Sentencias T-500 de 2019, T-244 de 2017, T-052 de 2018.

³ En este evento, corresponde al juez de tutela evaluar y determinar si el proceso ordinario otorga una protección integral y, en este sentido, “resuelve el conflicto en toda su dimensión”; para ello, se debe analizar en cada caso concreto: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

*razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable”.*⁴

2.3.4.2. En Sentencia SU-691 de 2017, la Corte indicó algunos criterios que debe tener en cuenta el juez de tutela para comprobar la inminencia de un perjuicio irremediable, tales como: (i) la edad de la persona; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario o de las personas obligadas a acudir a su auxilio; para lo cual, el interesado tiene el deber desplegar cierta actividad procesal administrativa mínima que demuestre su condición. (...)”. (Citas incluidas en el texto original)

3. Requisito de inmediatez

Tal y como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional⁵, el principio de **inmediatez** se refiere al tiempo dentro del cual es racional presentar la acción de tutela, para que sea oportuna la eventual concesión de la protección de los derechos fundamentales conculcados o en riesgo. De no cumplirse, suele resultar superfluo acometer el estudio de las demás circunstancias de las que dependería la prosperidad del amparo.

Este principio encuentra su sustento en el artículo 86 de la Constitución, el cual establece que la acción de tutela tiene por objeto reclamar ante los jueces “*la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”.

Con base en este postulado, la Corte Constitucional, ha afirmado que la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, razón por la cual la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Lo anterior, con la finalidad de evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como medio que premie la inoportunidad o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Pese a no existir un plazo específico para ejercer la acción de tutela, por vía jurisprudencial se ha determinado la necesidad de que sea ejercida en un término razonable, para así permitir que el juez pueda tomar las medidas urgentes que demanda la protección del derecho fundamental vulnerado, término que debe ser apreciado por el juez en cada situación concreta, atendiendo la finalidad de dicha institución.⁶

En efecto, se justifica la exigencia de dicho término toda vez que con éste se impide el uso de este mecanismo excepcional como medio para simular la propia negligencia o como elemento que atente contra los derechos e intereses de terceros interesados⁷, así como mecanismo que permite garantizar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica que se deprecian de toda providencia judicial.⁸

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

En múltiples oportunidades la Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar

⁴ Sentencia T-052 de 2018.

⁵ Sentencias T-183 de 2013, MP, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶ Sentencias T-802 y T-633 de 2004 M.P., Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷ Sentencia SU-691 de 1999

⁸ Sentencia C-590 de 2005

desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto⁹. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁰, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable¹¹; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: *“(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”*¹².

En este orden de ideas, podemos concluir que, en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

5. El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos.

De acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine expresamente la ley. El mismo artículo señala que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ¹³ ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera.

⁹ T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa),

¹⁰ Esta *subregla* de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política.

¹¹ Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

¹² Sentencia T-132 de 2006 MP Humberto Antonio Sierra Porto

¹³ Sentencia C-588 de 2009 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)¹⁴.

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de la Corte Constitucional al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 MP Juan Carlos Henao Pérez, señaló que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, la Corte Constitucional estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa¹⁵; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

Entonces, a manera de síntesis, se concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

6. Derecho a la igualdad para acceso a cargos publicas mediante concurso.

¹⁴ Sentencia T-514 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁵ Sentencia C-1040 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra

La Corte Constitucional ha establecido líneas jurisprudenciales entorno al derecho a la igualdad en casos donde se esté estrechamente relacionado con el acceso a empleos ofertados en concursos de mérito, al respecto cabe señalar sentencia hito C- 371 de 2000, en la cual el magistrado ponente, el Dr. Carlos Gaviria estimó:

*“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), **es una manifestación concreta del derecho a la igualdad** (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.*

***El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo.** La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). **El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva** y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.”* (negrillas fuera del texto).

Por lo tanto, el acceso a la carrera administrativa a través del concurso de méritos es una manifestación del derecho a la igualdad y este tiene como elementos fundantes que, (i) los aspirantes puedan hacer parte del concurso, (ii) que una vez cumplan con los requisitos y condiciones accedan a los cargos de carrera, (iii) que las convocatorias para ingresar a la función pública establezcan requisitos o condiciones que sean compatibles al mérito y la capacidad de los aspirantes sin ninguna barrera por cualquier tipo de discriminación, y (iv) que las convocatorias sean generales, y los requisitos tenga suficiente fundamentación objetiva.

El caso en concreto

La accionante solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales por la presunta vulneración de sus derechos al acceso a la carrera administrativa por mérito, al debido Proceso, derecho al mínimo vital y móvil, derecho al trabajo en conexidad con la vida digna, derecho a la igualdad, derecho al acceso a cargos públicos para conformar lista de elegibles para cargos vacantes que fueron ofertados en el marco del concurso de méritos en el que participó dentro de la convocatoria 436 de 2017.

Por regla general la acción de tutela se torna improcedente, cuando existe otro mecanismo judicial para reclamar los derechos que se pretende, y cuestionar la legalidad de los actos administrativos dictados durante un proceso selección o concurso de méritos, como en el presente asunto, pues existe la acción de nulidad simple contemplada en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011(CPACA), no obstante, cuando se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable, el juez constitucional puede conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo censurado, hasta tanto la jurisdicción competente decida de manera definitiva sobre la legalidad del mismo.

Revisado el expediente, se observa (i) que la accionante se presentó para el empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 57.116, denominado Técnico, grado 3 ubicado en Medellín-Antioquia del sistema de carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA ofertado a través de la convocatoria No. 436 de 2017 respaldada por la Comisión Nacional de Servicio Civil, (ii) que mediante resolución No. CNSC- 20182120146605 del 17 de octubre de 2018 fue conformada la lista de elegibles para referido cargo, donde la señora

Carmen Mabel Gualtero obtuvo el puntaje de 76.38, ocupando la segunda posición, (iii) que el 21 de febrero de 2019 se expidió constancia de firmeza de la lista de elegibles, (iv) que el 20 de febrero de 2020 la accionante presenta derecho de petición ante la CNSC, la cual le respondió el 3 de abril del mismo año, informando que no era posible acceder a los cargos desiertos, ni la equivalencia del empleo con código OPEC No. 57116, pues no existe solicitud judicial o solicitud elevada por el SENA para el referido cargo, y que la vigencia de la lista es hasta el 20 de febrero de 2021, (v) sesión del 16 de enero de 2020 en la cual fue aprobado criterio unificado del uso de listas de elegibles por parte de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en donde dispuso que *“las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.”*, (vi) solicitud de parte del SENA, peticionando a la comisión el uso de la lista de elegibles de la convocatoria 436, donde se evidencia que el empleo OPEC 57.116 no se encuentra dentro del requerimiento efectuado, y (vii), comunicación de la CNSC, donde autoriza el uso de la lista de elegibles el 15 de julio de 2020, sin embargo no se encuentra ofertado el cargo de la accionante.

Así las cosas, el Despacho encuentra conforme los lineamientos anteriormente expuestos y las pruebas aportadas al plenario, que la acción de tutela resulta improcedente por los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, de acuerdo a los siguientes fundamentos: (i) la accionante puede acudir a un mecanismo jurídico idóneo para debatir sus derechos, como lo es la acción de nulidad simple contemplada en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, (ii) la señora Carmen Mabel Gualtero Jaramillo no fundamenta en el escrito tutelar, en qué consiste el perjuicio irremediable que habilita excepcionalmente el amparo constitucional y por qué se justifica la intervención del juez de tutela, y de todas formas no se evidenció la configuración de un perjuicio irremediable, pues, por el contrario se encuentra en la lista de elegibles, la cual está vigente hasta el 21 de febrero de 2021, (iii) al no existir un perjuicio irremediable que conjurar con la actividad excepcional del juez de tutela, la actora cuenta con las acciones contencioso administrativas para cuestionar la legalidad de los actos que censuran, y (iv) la acción de tutela carece del requisito de inmediatez, pues fue interpuesta casi 15 meses después de haberse expedido el acto administrativo que dispuso la lista de elegibles, así como de las resoluciones por las cuales estimaron desiertos los empleos que pretende se haga la equivalencia, pues fueron expedidos el 25 de octubre de 2018.

Ahora bien, en gracia de discusión, sobre la presunta vulneración del debido proceso y el acceso al derecho de carrera por mérito, se evidencia del expediente que: (i) el artículo 31 de la ley 909 de 2004 disponía: *“Listas de elegibles. 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 mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso**”*. (disposición vigente al momento de la expedición de la resolución No. CNSC- 20182120146605 del 17 de octubre de 2018), (ii) que el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto, 1083 de 2015, establece que la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante la vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen **en los mismos empleos inicialmente provistos**, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, (iii) que mediante Criterio Unificado del uso de la lista elegibles expedido por la Comisión Nacional de Servicio Civil, dispuso que: *“Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las*

establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.”.

Por lo tanto, estima este Despacho que no se puede desconocer las reglas dispuestas en la convocatoria 436 de 2017, pues como lo dispone la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es norma reguladora del concurso y es inmodificable, por lo tanto, entre las principales medidas, está la señalada en el artículo 10, donde se le indico a los aspirantes: **PARAGRAFO 3. La sede de trabajo de cada uno de los empleos vacante objeto del presente proceso de selección, *estará determinada en la OPEC, la cual forma parte integral de esta Convocatoria.***”, **asimismo**, el artículo 14 señala: **“PREINSCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL EMPLEO: El aspirante debe escoger el empleo para el cual va a concursar en la presente Convocatoria, *teniendo en cuenta que únicamente podrá inscribirse para un (1) empleo* y que debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del mismo. Una vez haya decidido el empleo de su preferencia, debe seleccionarlo en SIMO y realizar la preinscripción (..).** (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, la conformación de la OPEC de cada concurso o convocatoria, obedece a las singularidades de cada empleo, de acuerdo al propósito, funciones generales y específicas al cual se esté inscribiendo, así como a la denominación, código, grado, asignación salarial, ubicación geográfica y se ha establecido que las listas de elegibles se conformaran para proveer las vacantes definitivas de los empleos ofertados dentro de la Convocatoria.

Frente al derecho a la igualdad la Corte Constitucional ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos, que deben ser cumplidos por los aspirantes para ingresar a cargos de carrera, derecho que no se observa vulnerado toda vez que la accionante participó en un concurso dentro del cual fue calificada bajos los mismos requisitos exigidos para todos aspirantes sin ninguna discriminación, siguiendo las reglas objetivas impuestas a través de la convocatoria 436 de 2017, pues se observa obtuvo el segundo puesto y se encuentra dentro de la lista de elegibles dentro del cargo al cual concurso. Además, respecto a las convocatorias desiertas, identificadas con los números OPEC 60554 de la Resolución 201821201552764 del 25/10/2018, la Opec 58252 de la Resolución 20182120152755, la Opec 56967 de la resolución 201821201527715 del 2/10/2018, cabe precisar que dichos empleos tienen diferente OPEC, y ello conforme lo reglamenta el criterio unificado del uso de la lista elegibles expedido por la Comisión Nacional de Servicio Civil no es posible acceder a empleos diferentes a los concursados, asimismo respecto a la equivalencia de los cargos como lo aduce conforme lista de empleos declarados desiertos para el momento de la decisión proferida por el Juzgado veinte (20) Civil del Circuito de Bogotá, es preciso señalar que dicha decisión fue revocada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, por lo cual no es exigible la igualdad respecto de providencias sin efectos.

También alega la accionante la presunta vulneración del derecho al trabajo digno y el derecho acceder al desempeño de cargos públicos, frente a ello, se observa que se encuentra incluida en la lista elegibles, la cual tiene vigencia, se reitera hasta el 21 de febrero de 2021, periodo en el cual puede presentarse vacancia ofertada por parte del SENA con las mismas características y OPEC. En relación al mínimo vital no se encuentra que este vulnerado pues no existe prueba alguna en el expediente, que evidencie que se encuentra en una situación desfavorable a sus condiciones materiales de existencia.

Con ese norte, cabe afirmar que la acción de tutela en el presente caso se torna improcedente aún como mecanismo transitorio de amparo a derechos fundamentales, habida cuenta que la actora no se encuentra ante una eventual configuración de un perjuicio irremediable y cuenta con otros medios de defensa judicial.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedente la acción de tutela instaurada por CARMEN MABEL GUALTERO JARAMILLO contra la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a través del medio más expedito la presente decisión a las partes.

TECERO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez

NOHORA PATRICIA CALDERÓN ÁNGEL

JAE

Firmado Por:

**NOHORA PATRICIA CALDERON ANGEL
JUEZ CIRCUITO**

JUZGADO 024 LABORAL DEL CIRCUITO DE 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: **6962da55aeb272d49e722627c007faa4d15cfa06678788583b5dd9a96fcfee51**
Documento generado en 08/09/2020 04:34:11 p.m.