



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO QUINCE DE EJECUCION DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
CALLE 11 No. 9-24 PISO 7 TEL 2864093
BOGOTA D.C

Bogotá D. C., Cinco (5) de enero dos mil veintiuno (2021)

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a emitir el fallo dentro de la acción de tutela instaurada por **JOSÉ MANUEL RINCÓN VALLEJO**, en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**

2. FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN

El accionante **José Manuel Rincón Vallejo**, indicó que se inscribió en la **Convocatoria 436 de 2017** de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL (SENA) Grado 2, de la OPEC 61658, para la entidad de derecho público **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, en la que obtuvo el segundo lugar según **Resolución N° CNSC – 20182120142865 DEL 17- 10- 2018**.

Indicó que, el **día 17 de octubre de 2018 se expidió la resolución N° CNSC – 20182120142865** en la que se evidencia que el accionante se encontraba registrado en el puesto 2 con un puntaje de 69.61. Sin embargo, debido a la recomposición automática de la lista, el mismo ahora se encuentra en el primer lugar de la lista de elegibles, debido a que la persona que se encontraba en primer lugar anteriormente ya fue nombrada y tomó posesión del cargo.

El accionante señaló que, el día 24 de marzo de 2020 Jonathan Alexander Blanco Barbosa, quien es el Coordinador de recursos laborales del SENA, solicitó bajo el radicado **20203200436562**, al Director de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC que, en cumplimiento a lo dispuesto en el Criterio unificado del 16 de enero de 2020, se autorizase el **uso de las listas de elegibles vigentes expedidas en el marco de la convocatoria 436 de 2017 para proveer vacantes a la fecha reportadas en el sistema SIMO**

De acuerdo a lo anterior, el accionante elevó derecho de petición ante **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, del que obtuvo respuesta el día 29 de abril de 2020, bajo Respuesta Radicado No.: 7-2020-047327, en la que se dispuso que es la CNSC quien debe determinar si la lista de elegible en la que conforma el señor **José Manuel Rincón Vallejo** es procedente.

Por ello procedió a **elegir derecho de petición en el mismo sentido ante la CNSC**, al cual se le dio respuesta el día 01 de septiembre de 2020 en el que se le indicó que, para disponer de las listas de elegibles vigentes, las OPEC disponibles deben cumplir los mismos criterios que se tuvieron para la selección de la OPEC en la que se presentó a concurso y dicha validación corresponde a la entidad ofertante, es decir el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, y hasta la fecha de respuesta, no se ha presentado nuevas observaciones que relacione a la OPEC 61658.

Teniendo en cuenta aquella respuesta, el señor **José Manuel Rincón Vallejo** elevó derecho de petición el día dos (2) de septiembre de 2020 ante el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, en el que solicitó información sobre la conformación del agrupamiento de listas de elegibles para la construcción de la lista unificada y asignación de las IDP 329 y 346; del cual no obtuvo respuesta.

Nuevamente elevó derecho de petición el día 07 de octubre ante la misma entidad solicitando respuesta de la petición presentada el día 02 de septiembre de 2020 radicada con el número 7-2020-147451, de la cual, indicó tampoco obtuvo respuesta.

Accionante: José Manuel Rincón Vallejo CC. 80.212.880
Radicado No. 11001-31-87-015-2020-00079-00
No. Interno 2844-15
Auto I. No. 013

De manera que, precisó ha sido vulnerado su derecho fundamental de petición, así como al acceso a la información y al debido proceso administrativo al no usar la entidad el banco de listas elegibles para ocupar las vacantes con IDP 329 o 346 como lo indica la Ley 909 de 2004.

En atención a lo anterior **JOSÉ MANUEL RINCÓN VALLEJO**, no se ha posesionado en ninguna de las vacantes disponibles reportadas en el sistema SIMO por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA).

Por lo expuesto, el accionante solicitó: (i) la protección de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, vida digna, acceso a cargos públicos, (ii) ordenara a las accionadas construir la lista de elegibles unificada y efectuar su nombramiento en periodo de prueba, en la vacante de empleo profesional grado 2 IDP 329 que se encuentra con vacante definitiva y realizada por encargo, que cuenta con la misma naturaleza del empleo para el cual concurso en la Convocatoria 436 de 2017. (iii) que se proteja su derecho al trabajo pues se encuentra desempleado, lo que lo hace vulnerable puesto que no cuenta con los medios para el pago de su manutención y salud, y, se encuentra desafiliado del sistema de seguridad social.

3. TRÁMITE PROCESAL

Por auto de fecha 23 de diciembre de 2020, este Juzgado avocó el conocimiento de la acción constitucional y ordenó correr traslado de la demanda a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). Adicionalmente, como quiera que se advirtió que pueden existir personas en calidad de terceros con interés en el presente trámite, esto es, los demás participantes del concurso de méritos de la Convocatoria 436 de 2017 iniciada por la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, para proveer los empleos de la planta de personal perteneciente al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, especialmente aquellos que participaron para el cargo OPEC código 68651, se dispuso la **VINCULACIÓN DE LOS TERCEROS CON INTERÉS**, para que, si a bien lo tenían, se pronunciaran sobre la solicitud de amparo.

4. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

4.1- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)

Jeanneth Maritza Carrillo Ramírez Coordinadora del Grupo de Gestión de Talento Humano de la Regional Distrito Capital del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, indicó:

Que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no está vulnerando ninguna de las disposiciones constitucionales alegadas por el accionante en libelo de la acción de tutela, debido a que en los hechos que fundamentan la presunta vulneración no se evidencia una actuación omisiva o activa por parte de la entidad, que pueda afectar de forma irremediable los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, al trabajo, al debido proceso, a la igualdad o los demás mencionados por el accionante, que justifiquen la intervención perentoria del juez constitucional.

Señaló que, la pretensión de ser nombrado en una OPEC diferente a la concursada, no está comprendida en el ámbito de protección de estas garantías constitucionales.

También que, en relación con el derecho al acceso a cargos públicos, no existe certeza del acaecimiento del perjuicio irremediable debido a que de los hechos que fundamentan la tutela no se derivan los presupuestos fácticos que permitan concluir la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo, OPEC, al cual no concurso.

La misma lógica se predica respecto del derecho al trabajo, en tanto la alegada vulneración no da cuenta de “la acción o la omisión” arbitraria del SENA, tendiente a impedir el ejercicio de la actividad laboral contenida en el empleo público ofertado. Por lo anterior, no se está en presencia de una amenaza real e inminente y, menos aún, probable a estos derechos fundamentales.

En el presente asunto no concurren los elementos del derecho al debido proceso protegidos en concursos de méritos que den cuenta de una amenaza cierta y probable.

4.2.- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia, asesor jurídico de la Comisión Nacional de Servicio Civil, indicó que:

El accionante pretende a través de tutela acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no ganaron en mérito, lo que implicaría el desconocimiento no sólo de las reglas del proceso de selección sino la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia

Informó que el JUZGADO VEINTISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., el pasado 24 de noviembre de 2020, en trámite constitucional interpuesto por el actor, resolvió: "(...) TERCERO: NEGAR la presente acción constitucional contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC. (...)". Consolidándose así una acción temeraria.

También aclaró que, las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, pueden ser usadas durante su vigencia para proveer "mismos empleos" que surjan con posterioridad en la planta de personal de la entidad, y no para empleos creados con posterioridad y equivalentes, como pretende el accionante.

Precisó que resulta erróneo concluir que por la simple pertenencia a una lista de elegibles se configure un derecho particular y concreto para ser nombrado en periodo de prueba, ya que para que aquello sea procedente, debe existir la vacante definitiva en las mismas condiciones que las ofertadas en el Concurso de Méritos, la lista debe continuar vigente y perentoriamente se debe ser el siguiente en estricto orden de mérito.

Indicó que, se tiene que las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria.

Por último, se solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5. DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES AFECTADOS

Señaló el accionante que las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debió proceso y seguridad social.

6. DE LAS PRUEBAS

6.1.- LAS ALLEGADAS POR EL ACCIONANTE

1. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del accionante
2. Resolución No. CNSC- 20182120142865 del 17 de Octubre de 2018.
3. Respuesta Radicado No. 7-2020-047327 29 de Abril 2020
4. Respuesta Radicado No. 20203200824592, el 1 de Septiembre de 2020

6.2.- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

1. Copia de las Resoluciones relacionadas con la representación legal.

6.3.- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

1. Resolución No. 10259 del 15 octubre de 2020 que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC
2. Resolución No. 10259 de 15 de octubre de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
3. Resolución por la que se conforma la Lista de elegibles • Criterio Unificado del 16 de enero de 2020
4. Complementación criterio unificado • Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 equivalencias
5. Circular Externa 001 de 2020
6. Resolución por la que se conforma la Lista de elegibles
7. Fallo de tutela de segunda instancia proferido por El Tribunal Superior de Arauca
8. Respuesta dada a la petición del accionante

9. Fallo de tutela Inter comunis proferido por el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá

7. CONSIDERACIONES

7.1.- La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por acciones u omisiones de cualquier autoridad, inclusive de los particulares; siempre que no existan otros medios de defensa, o que se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Nuestro máximo Tribunal de Justicia Constitucional ha precisado que los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres, a saber: En primer lugar, que se esté ante la vulneración o amenaza de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública y, en casos excepcionales, de un particular; en segundo término, que la accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, pues si el afectado dispone de otros mecanismos de protección debe acudir a ellos, ya que la acción de tutela no es un mecanismo creado para reemplazar a la jurisdicción especial ordinaria orientada a la solución de conflictos; por último, que en el evento que se disponga de otros medios de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

7.2.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a establecer si las entidades accionadas, vulneraron los derechos fundamentales cuya protección invocó la accionante.

7.3.- Para resolver esta acción, resulta necesario (i) abordar los lineamientos jurisprudenciales frente a la subsidiariedad de la acción de tutela respecto de los concursos de méritos, (ii) criterios de procedencia excepcional de la misma. (iii) determinar si dentro de la presente acción se configura una acción temeraria respecto del derecho de petición alegado.

7.1.1.- Procedencia de la Acción de tutela respecto de los concursos de méritos:

En primer lugar, debe manifestar esta Sede Judicial que el inc. 3° del art. 86 de la Constitución Política de Colombia establece que la acción de tutela únicamente es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Principio de subsidiariedad que fue desarrollado por el art. 6°, numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, ante lo cual, debe resaltarse que al Juez de Tutela le corresponde valorar en concreto la eficacia de los medios de defensa, atendiendo las circunstancias particulares en las que la accionante se encuentre, evento en el cual, como lo tiene definido la jurisprudencia, procedería el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así que, en relación al principio de subsidiariedad y respecto de los concursos de méritos, en sentencia de tutela T- 471 de 28 de julio de 2015 M. P. Mauricio González Cuervo, la H. Corte Constitucional, precisó:

“El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o violados por la omisión o acción de las autoridades públicas o de los particulares. Sin embargo, esta solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio¹. Esto tiene como finalidad impedir que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal.

La subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable el cual deberá demostrarse que es (a) *cierto* e

¹ Artículo 86, inciso 3° Constitución Política y en el Decreto 2591 artículo 6°-1° el cual establece la subsidiariedad como causal de improcedencia de la tutela.

inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación 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 consuma un daño antijurídico en forma irreparable².

La Sentencia SU-913 de 2009, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela para estudiar un caso relacionado con un concurso de méritos estableció:

“Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”³, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos⁴.

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, 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 particular⁵.

Vale la pena aclarar que para el momento en que fue proferida la Sentencia SU-913 de 2009, la Ley 1437 de 2011 aún no hacía parte del ordenamiento jurídico, por tal razón le corresponde a la Sala analizar si con la entrada en vigencia del CPACA la accionante contaba con otro mecanismo para reclamar la protección de los derechos fundamentales, en caso de ser así, si resulta idóneo y eficaz.

2.5.1. Las medidas cautelares en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, en el artículo 138 dispuso que *“toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procede por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”*. A su vez, el artículo 137 que versa sobre la nulidad, establece que procederá cuando el acto administrativo *“haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”*.

Más adelante, en la misma disposición legal, el capítulo XI sobre medidas cautelares trata en cada uno de sus artículos de explicar el procedimiento de estas medidas de la siguiente manera: artículo 229 procedencia de las medidas; artículo 230 contenido y alcance; artículo 231 requisitos para decretarla; artículo 232 caución; artículo 233 procedimiento para la adopción; artículo 234 medidas cautelares de urgencia; artículo 235 el levantamiento, modificación y revocatoria; artículo 236 recursos; artículo 237 prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado; artículo 238 procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido; artículo 239 procedimiento en caso de reproducción del acto anulado; artículo 240 responsabilidad y; artículo 241 las sanciones.

El artículo 229, establece que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente

²Corte Constitucional Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T- 494 de 2010.

³ Sentencia T-672 de 1998.

⁴ Sentencia SU-961 de 1999.

⁵ Sentencia T-175 de 1997

sustentada, podrá el juez decretar las medidas cautelares que estime necesarias para la protección y garantía provisional del objeto del proceso y de la efectividad de la sentencia.

El inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.

Por su parte, el artículo 230 establece que las medidas cautelares pueden ser *preventivas*, cuando se ordene la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; *conservativas*, cuando el juez ordena que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante, cuando fuere posible; *anticipativas*, en el evento que se ordene la adopción de una decisión administrativa o se imparta órdenes o se le imponga a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer; o de *suspensión* cuando se ordene suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual o se ordene suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El numeral 2º del artículo 230 del CPACA señala que a esta medida cautelar *"solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida."*

Lo anterior, puede llevar al funcionario judicial a adoptar las medidas que considere pertinente con la finalidad de mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza; suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; e impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.

A su vez, el artículo 231 habla de dos tipos de medidas cautelares, por un lado, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuando se pretenda su nulidad y por el otro, están el resto de medidas. Esta misma norma indica que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De igual forma, cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

Dicho artículo dispone que para decretar el resto de medidas se requiere que concurren los siguientes requisitos: (i) que la demanda se encuentre razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante hubiere demostrado de forma al menos sumaria la titularidad de los derechos que invoca; (iii) que de los planteamientos del demandante constituidos por documentos, informaciones, justificaciones o argumentos, sea posible concluir, luego de ponderar los intereses, que para el interés público resulta mucho más grave negar la medida que concederla; y (iv) adicionalmente se debe cumplir cualquiera de las siguientes dos condiciones: (a) que de no adoptarse la medida se cause un perjuicio irremediable o (b) que existan motivos serios que indiquen que de negarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.

El artículo 233, el cual es concordante con el artículo 229, regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, en lo relacionado con la oportunidad para solicitar y decretar la medida prescribe que ésta *"(...) podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso"*.

A su vez, el artículo 234 establece las medidas cautelares de urgencia, las cuales podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a

los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

Así mismo, el artículo 236 establece una regla común a ambos procedimientos y es la procedencia de los recursos de apelación o de súplica, que son concedidos en el efecto devolutivo, los cuales deberán ser resueltos en un término máximo de 20 días”.

De la misma manera, debe precisar esta Juez Constitucional que la improcedencia de la acción de tutela en materia de concursos públicos no es una regla absoluta, pues resulta admisible en algunos casos específicos, como por ejemplo, ante el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos públicos que puede verse reflejado en el reconocimiento de la lista de elegibles en firme para la provisión de vacantes en la administración pública, siendo en estos eventos procedente la acción de tutela al resultar un mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, tanto la H. Corte Constitucional, como la H. Corte Suprema de Justicia han señalado que el mecanismo constitucional resulta improcedente, en líneas generales, frente a los cuestionamientos acerca de la conformación de la **lista de elegibles**, el posible primer puesto que puede llegar a tener un aspirante dentro del registro y el desarrollo de una determinada prueba o su elaboración, los cuales son ajenos al ámbito constitucional y deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Criterios que fueron acogidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en tutela de segunda instancia de radicado N° 69102 del 12 de septiembre de 2013, M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho, que señaló :

“...Adicionalmente, de la solicitud de tutela emerge que el cuestionamiento que se formula tiene un sustento netamente reglamentario y, a lo sumo, legal, más en modo alguno constitucional, pues se trata de definir si para el cargo que participó la accionante, los tres años de experiencia podían ser homologados por experiencia profesional, en virtud del artículo 4° de la Resolución 013 de 2008, por medio de la cual se establecieron las equivalencias para los empleos pertenecientes a los niveles Directivos, Asesor y Profesional, cosa que naturalmente la Constitución no regula, luego todavía es más claro que el asunto sólo concierne a la jurisdicción competente, como así lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“la jurisprudencia constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela en esta materia no es absoluto sino que está restringido a aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ocasiones se refleja con el desconocimiento de la lista de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad.

(...)

*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”⁶.*

7.4. Descendiendo al caso *sub examine*, resulta palmaria la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que, lo que pretende el accionante es que por vía constitucional se ordene su inclusión en una lista de elegibles unificada y consecuente a ello su nombramiento en periodo de prueba, así mismo, que se estudie la aplicación de la Ley 909 de 2004 y la Ley 1790 de 2019 que modificó la primera; situación que plantea un debate de índole legal y reglamentario, ajeno al ámbito constitucional, el cual debe ser expuesto ante el juez natural, a través de las acciones respectivas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Bajo estos derroteros, se tiene que el juez de tutela carece de competencia para reconocer un derecho tal y como se expone en la presente acción, el accionante quien de considerar e insistir en la trasgresión de las garantías invocadas, bien puede proponer dicha situación ante la jurisdicción

⁶ Sobre el particular ver sentencia T-1110 de 2003

contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término previsto en la ley para dicho efecto o la de nulidad absoluta, en ambos eventos con la posibilidad de solicitar como medida cautelar su inclusión en el listado unificado y su nombramiento en periodo de prueba, ello conforme la convocatoria cuestionada y de los actos administrativos expedidos en el transcurso de la misma, constituyéndose así en un medio idóneo para activar ante la autoridad competente el control de la actuación administrativa que le resulta lesiva.

Ahora, si bien por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en el marco de un concurso de méritos, también la Corte Constitucional ha señalado que excepcionalmente procede el amparo en los siguientes eventos⁷:

(i) Existe otro mecanismo de defensa judicial para la protección del derecho amenazado, sin embargo, el mismo no es idóneo ante la configuración de un perjuicio irremediable. (ii) Que la actuación objeto de disenso defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.

Así mismo, sobre el perjuicio irremediable, ha indicado la H. Corte Constitucional que se caracteriza por: (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales⁸.

Para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como: *"(i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo o de las personas obligadas a acudir a su auxilio"*.

En el caso de **JOSÉ MANUEL RINCÓN VALLEJO** cuenta como se dijo, con acciones legales ante la jurisdicción contenciosa administrativa que se advierten idóneas y efectivas toda vez que se itera, a través de ellas puede promoverla nulidad de los actos cuestionados, entre ellos el que calificó su desempeño en el concurso.

Debe manifestarse que, por lo demás, en este momento no es posible determinar la existencia de un perjuicio irremediable que conlleve a inferir que la citada acción no es idónea y eficaz, para alcanzar tales prerrogativas.

No se vislumbra que durante el acceso al procedimiento administrativo pueda constituirse un perjuicio irremediable frente a los derechos fundamentales del accionante, pues no se demostró por su parte la consolidación del mismo.

Bajo estos derroteros, se debe tener en cuenta que, al establecerse en el procedimiento ordinario administrativo unas medidas previas que buscan la protección inmediata a los derechos constitucionales del accionante, las que se pueden ejercer al inicio del proceso administrativo, pue se itera no se observa que en su caso se configure un perjuicio irremediable que conlleve a la necesidad de una intervención transitoria y urgente del Juez Constitucional.

Dicho así, este Despacho considera que como, de un lado, por medio de los mecanismos ya referidos el accionante puede obtener la protección idónea de sus derechos constitucionales, y de otro lado, no se acreditó ni siquiera de manera sumaria, la existencia de un perjuicio irremediable que faculte la intervención del juez de tutela.

El Despacho declarará improcedente la demanda constitucional, frente a la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debió proceso y seguridad social.

7.5.- Respecto del derecho de petición carente de respuesta, al descorrer el traslado de tutela la CNSC allegó copia del fallo de tutela proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el

⁷ T- 386 de 28 de julio de 2016 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁸ sentencia SU-355 de 2015 la Corte Constitucional

24 de noviembre de 2020 mediante se tuteló el amparo solicitado por el señor **JOSÉ MANUEL RINCÓN VALLEJO**, frente a su derecho de petición.

Por lo cual, advirtió esta Sede Judicial que la decisión del 24 de noviembre de 2020, hizo tránsito a cosa juzgada, razón por la cual, la acción que conoce este Juzgado debe ser desestimada respecto del derecho de petición deprecado por el actor.

Por manera que, frente a la concurrencia de la acción temeraria debe indicar el Despacho que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991⁹, establece que cuando sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

Frente a ello la Jurisprudencia Constitucional, tratando el tema de la temeridad, refirió:

"La Corte Constitucional ha establecido que la "temeridad" consiste en la interposición de tutelas idénticas, sin motivo expresamente justificado, contrariando el principio de buena fe previsto en el artículo 83 la Constitución Política; por lo tanto su prohibición busca garantizar la eficiencia y prontitud en el funcionamiento del Estado y de la administración de justicia.

Las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia."¹⁰

De la misma manera, en otra decisión la Alta Corporación señaló:

"...4.1.1. Por eso, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: "(i) [i]dentidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones[5]"[6]; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda[7], vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de amparo es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad[8]. En estos eventos funcionario judicial debe atender las siguientes reglas jurisprudenciales:

4.1.1.1. El juez puede considerar que una acción de amparo es temeraria siempre que considere que dicha actuación: "(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones[9]; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable[10]; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción[11]; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia"[12]..."¹¹ (Negrilla fuera del texto).

En atención a los derroteros marcados frente a la consolidación de acción temeraria, ha de reseñarse que para la configuración de la misma debe presentarse (i) identidad de partes, (ii) identidad de hechos e (iii) identidad de pretensiones, lo que se presenta en el caso de autos, pues se cumplen los tres requisitos previamente mencionados.

Por consiguiente, el Despacho no podría proceder a debatir lo que fue materia de una acción resuelta de fondo en las mismas condiciones, por el mero capricho de la accionante desgastando así, sin justificación alguna la administración de justicia.

⁹ Artículo 38. Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

¹⁰ Sentencia T-001- de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-185 del 10 de abril de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Accionante: José Manuel Rincón Vallejo CC. 80.212.880
Radicado No. 11001-31-87-015-2020-00079-00
No. Interno 2844-15
Auto I. No. 013

Es así que lo que pretende el accionante se debata a través del presente trámite, ya fue resuelto por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad y si a la fecha el SENA aún no ha dado respuesta a su solicitud, lo procedente es dar inicio al trámite de incidente desacato ante el fallador.

Conforme las anteriores consideraciones, este Despacho negará por improcedente el amparo solicitado.

Para la notificación de la presente determinación se procederá de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591/91 y su reglamentario el 306/92, es decir, esto es, tanto la accionante como a la entidad accionada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE TUTELA respecto a la Comisión Nación al del Servicio Civil -CNSC- y Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- en lo atinente a los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debió proceso y seguridad social, conforme a lo anotado en precedencia.

SEGUNDO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por **JOSÉ MANUEL RINCÓN VALLEJO** respecto de su derecho de petición, conforme a lo anotado en precedencia.

TERCERO: En contra de esta decisión procede impugnación ante la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, la cual conforme lo establecido en el art. 3° del Decreto 2591 de 1991 debe ser interpuesta dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo.

CUARTO.- En el evento que no sea impugnada la presente decisión, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATALIA ANDREA MEJÍA ROBAYO
JUEZ

JMMP