

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

Sentencia nro. 072

Radicaciones nro. 2020-0298

Cali, diciembre dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede esta instancia judicial a proferir sentencia en la presente actuación de tutela, en la que figura como accionante María Helena Torres Toledo, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, vinculados PARTICIPANTES EN LA CONVOCATORIA No. 436 DE 2017 PARA EL CARGO TECNICO GRADO 3 CODIGO OPEC 60160 al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, EDDIE YOVANNY MILLAN SUBDIRECTOR CENTRO DE GESTION Y DESARROLLO AGROINDUSTRIAL DE ARAUCA CON FUNCIONES DE DIRECTOR REGIONAL SENA ARAUCA, DIRECCIÓN DE ADMINISTRACION CARRERA ADMINISTRATIVA CNSC Y COMISIONADO CNSC.

II. ANTECEDENTES

1. Manifiesta la parte accionante que la accionada 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. En su participación logró ocupar el primer lugar conforme Resolución de octubre 17 de 2018, feneciendo dicha posibilidad en la lista de elegibles a los dos años es decir en noviembre de 2020. Resalta que en acto administrativo se dispuso con claridad y obligatoriedad hacer uso de la lista de elegibles en cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, existiendo cargo ofertado en el que se encuentra en lista de elegibles.

Por lo anterior, solicita tutelar sus derechos fundamentales vulnerados – Dignidad Humana, Igualdad, Trabajo Debido Proceso, Acceso a Cargos Públicos - ordenando a la parte accionada realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión en el empleo de carrera denominado "TÉCNICO GRADO 3" del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la CONVOCATORIA No 436 del año 2.017, bajo el Código OPEC No 60160, que se encuentra ubicado en el Municipio de Arauca; igualmente solicita ordenar a la accionada dejar sin efectos jurídicos el CRITERIO UNIFICADO DE LISTA DE ELEGIBLES de fecha 16 de enero de 2020 al igual que rendir informes sobre la materia en cuestión.

Acompañan a su acción los siguientes documentos en copia: derecho de petición, actos administrativos relacionados, documentos soportes de participación en la convocatoria, valoración del desarrollo profesional, Informe de Entrevista, Memorando, Solicitud de Inscripción, respuesta derecho de petición y Convocatoria (fls. 1 a 134).

2. En auto se avoca el conocimiento de esta acción de tutela por parte de este Despacho Judicial con fundamento en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose a su vez la vinculación pertinente indicada (fl. 8).

3. En el término de traslado se presentó contestación que se puede resumir de la siguiente manera en lo pertinente (fls. 134 a 256).

La Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC por intermedio del delegado para esta

actuación manifiesta que realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista el SENA no reportó la existencia vacante definitiva alguna que cumpliera con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 60160. Aunado a lo anterior, una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el SENA no reportó movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritosa de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Precisa que por tanto, la vacante ofertada fue provista por la elegible de la posición 1. De tal manera, se concluye imperiosamente que el empleo ofertado fue provisto conforme a las reglas del proceso de selección. Asimismo, se corroboró que la señora María Elena Torres Toledo ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120148265 del 17 de octubre de 2018, en consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritosa en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto por lo que la señora María Elena Torres Toledo se encontraba sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad. Corolario en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles acaeció la pérdida de ejecutoria. Se indica que como parte de las medidas de urgencia adoptadas en el marco del Estado de Emergencia, decretado por el Presidente de la República, el artículo 14 del Decreto legislativo Nro. 491 del 28 de marzo de 2020, dispuso, en lo que se refiere al procedimiento de nombramiento en periodo de prueba y posesión, que "(...) En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. (...)" Por lo tanto, resulta claro que el Gobierno Nacional dejando vigentes los efectos de las listas de elegibles en firme, buscó que las medidas de Emergencia Sanitaria decretadas no suspendieran las consecuencias jurídicas inherentes a la aplicación de las listas de elegibles, dejando indemne la vigencia de estas.

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

Por su parte el SENA por intermedio de su delegado para la actuación, manifiesta que terminadas las etapas de la convocatoria 436 de 2017, se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante identificada con el código OPEC 60160 por medio de la Resolución CNSC - CNSC- 20182120148265 del 17/10/2018, en la cual hace parte dos (02) ciudadanos, quedando la accionante en el segundo (2º) puesto, por lo que la vacante fue suplida con la persona que ocupó el primer lugar.

Precisa que la lista de elegibles, que se conformó, tendrá una vigencia de dos (2) años, la cual será utilizada en los diversos eventos que contempla la Ley, como sería que el primero de la lista de elegibles no supere el periodo de prueba, que renuncie, que sea declarado insubsistente por no superar la evaluación de desempeño o sanción disciplinaria, entre otros eventos contemplado en la Ley 909 de 2004, situaciones que a la fecha no se han presentado, y como se mencionó, actualmente la persona que ocupo

el primer lugar se encuentra en ejercicio de su cargo; esto sin entrar a analizar la vigencia de la lista de elegibles, la cual según la firmeza de la misma a la fecha no estaría vigente.

Ahora bien, la accionante argumenta que, por ocupar el segundo lugar en la lista de elegibles, y por existir plazas vacantes, le asiste el derecho a ser nombrada en estos cargos, a pesar de que no concurso para ellos y tengan una OPEC diferente y requisitos, como la experiencia específica, distintos, A MAS DE QUE EXISTEN ELEGIBLES CON MEJOR DERECHO POR MERITO QUE LA ACCIONANTE.

Respecto lo anterior, es de resaltar 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 su 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 la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Haciendo referencia a la petición de la accionante, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas pendientes de provisión meritocrática y frente a las cuales se solicitó el uso de listas, SE CONSTATÓ QUE NO EXISTEN VACANTES que correspondan al mismo empleo OPEC No 60160 denominado Técnico, Grado 3, ubicado en Centro de Gestión y Desarrollo Agroindustrial de Arauca, con el propósito, funciones y requisitos del Proceso Administrativo: ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA u otro cargo similar de técnico En caso de que llegaren a existir vacantes donde la accionante se encuentre en el primer lugar de mérito para ser vinculada, será oportunamente informada, previa verificación de la vigencia de la lista de elegibles. Lo anterior, sin perjuicio de la verificación del cumplimiento de requisitos para desempeñar el cargo que debe realizar la Entidad en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017.

Consecuentemente, no se vislumbra por parte de la entidad una vulneración a los derechos fundamentales esgrimidos por el accionante, por cuanto las actuaciones de la administración, en la aplicación del resultado de la convocatoria 436 de 2017, para conformar las listas de elegibles para proveer las vacante de los empleos de carrera administrativa en el SENA, se realizó conforme al procedimiento planteado previamente en los acuerdos de la CNSC, garantizando en igualdad de condiciones que todos los ciudadanos participaran y pudieran acceder a los cargos públicos, inscribiéndose en una sola OPEC. En consecuencia, argumentar la afectación de derechos fundamentales, para poder acceder en contravía de los establecido en las reglas y condiciones de la convocatoria, es una grave afrenta a los derechos de la generalidad de los ciudadanos

Con relación a la provisión de los cargos cuyo concurso fue declarado desierto, la Comisión en comunicación No 20191020121341 del 12 de marzo de 2019 se pronunció estableciendo que el uso de la lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito ni los empleos declarados desiertos.

En suma, con respecto se considera 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 anterior, NEGAR POR IMPROCEDENTE las pretensiones de la accionante, o en caso contrario DENEGAR LAS PRETENSIONES.

El Ministerio de Educación Nacional por intermedio del representante judicial manifiesta que no hay una violación de derecho fundamental alguno, pues no ha ejecutado ninguna acción que produzca este resultado en contra del accionante.

No puede decirse entonces que, en términos positivos, la entidad haya incurrido en una violación o amenaza efectiva de algún derecho fundamental y una orden en dicho

sentido sería de imposible cumplimiento para la misma. Por lo anterior, solicita no acceder al amparo constitucional por ser improcedente y subsidiariamente se solicita respetuosamente al despacho judicial DESVINCULAR a esa entidad por no haber vulnerado ningún derecho fundamental.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este despacho es competente para resolver sobre la presente actuación, con base en lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y normas concordantes.

2. El Problema Jurídico

Se deberá dilucidar en el presente caso, si se ha presentado vulneración al derecho fundamental invocado por el actor en protección tutelar y, si es esta la vía judicial procedente a dicha protección.

3. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública. Reiteración de jurisprudencia¹.

3.1. La Corte Constitucional ha admitido de manera excepcional, la procedencia del mecanismo constitucional, con respecto a actos administrativos, sosteniendo que resulta indispensable valorar situaciones fácticas que se constituyan en una real amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del trabajador afectado con la decisión adoptada y particularmente de su núcleo familiar. Para ello y en aras de evitar que se desplace la competencia del juez constitucional, esta Corporación ha establecido ciertos parámetros y condiciones que deben probarse y acreditarse para determinar cuándo procede el amparo por vía de tutela. En estos casos, la procedencia de la acción solo opera cuando el acto (i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de razones, (ii) se adopte en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

En el evento de configurarse las situaciones previamente descritas, le corresponderá al juez de tutela valorarlas cuando considere que la decisión de la administración, plasmada en un acto administrativo de cualquier naturaleza ha sido arbitraria o violatoria de los derechos fundamentales del accionante y eventualmente de su núcleo familiar.

En este orden de ideas, aunque de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, la misma es subsidiaria y solo procede cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, el Decreto 2591 también establece que *"la existencia de dichos medios [de defensa] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante"*.

4. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial eficaz, hace improcedente la acción de tutela, salvo que exista un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia².

La Corte reiteradamente ha señalado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela está supeditado a la inexistencia o la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, cuando éste es idóneo para restablecer el derecho atacado, situación que podrá determinarse por el juez de tutela en el caso concreto, frente a los hechos y

¹ Sentencia T-067/14

² Corte Constitucional, Sen. T-623 de 2009. MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

el material probatorio correspondiente³.

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al presupuesto de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 taxativamente se consagraron las *causales de improcedencia de la acción de tutela* (num. 1°).

Esa subsidiaridad guarda relación con el papel que también le corresponde al juez en sus actividades comunes, como guardián de los derechos fundamentales y de la Constitución que en todo proceso le corresponde ser⁴. Así, deviene claramente que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo a utilizar *per se* para obtener el amparo de derechos fundamentales cuando exista otra vía de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado y debe ser inminente y grave⁵.

Cabe repetir, de esta manera, que el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela implica que ésta sólo pueda ser ejercida cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aún existiendo resulte ineficaz, o que sea necesario el amparo, en forma transitoria, para evitar que se produzca un perjuicio irremediable.

Al respecto en sentencia T-128 de febrero 22 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación expuso:

"... dado que contra los actos administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que 'no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alterno, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.'⁶

La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio. Así lo señaló en la sentencia T-514 de 2003⁷ en donde indicó al respecto lo siguiente:

'la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

3 Cfr. T-1019 de 2008 (octubre 17), M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

4 Cfr. T-069 de enero 26 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

5 Cfr. C-595 de julio 27 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

6 Nota de pie de página en el texto citado: "*Corte Constitucional, sentencia T-1204 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En este caso los accionantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la vivienda digna, el de petición y buen nombre al haber sido sancionados por una empresa de servicios públicos domiciliarios con ocasión de la detección de anomalías en sus medidores de energía*".

7 Nota de pie de página en el texto citado: "*Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett*".

No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva⁸."

Por tanto, como regla general relacionada con lo anteriormente expuesto, la acción de tutela que pretenda atacar un acto administrativo es improcedente, pues en el ordenamiento jurídico está consagrada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa judicial propio, específico y eficaz, que inclusive prevé la suspensión provisional, excluyendo la protección prevista en el artículo 86 de la Carta, salvo la existencia de un perjuicio irremediable.

5. Sobre el Caso

Como se aprecia en la actuación, la parte actora, luego de precisar sus pretensiones con la presente acción, concreta que reclama por esta el trámite y resolución de asuntos que convocan su interés jurídico y que se adelantaron ante autoridades judiciales.

Así las cosas y conforme el precedente constitucional, ante actos de naturaleza administrativa, jurisdiccional o de dicha expectativa, amparados por la presunción de legalidad, que generen inconformidad en cuanto a la gestión, amparo, alcance o los resultados de los mismos, la preceptiva vigente prevé los mecanismos contenciosos ordinarios o especiales y al efecto los estrados administrativos y judiciales competentes. Consecuentemente, si la legalidad de los actos reprochados no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo u ordinaria, no es la acción de tutela el medio idóneo para encauzar pretensiones no reclamadas apropiadamente.

Reiterando con el precedente constitucional en cita, en términos normativos y jurisprudenciales, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de derechos fundamentales, frente a lo cual el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces.

Como lo ha recalcado la Corte Constitucional en desarrollo del inciso 3° del artículo 86 superior, hay lugar a la procedencia de la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó este instrumento de amparo, señala que la existencia de esos medios de defensa principales debe ser apreciada en concreto, en lo que respecta a su eficiencia, frente a las circunstancias particulares en las que se encuentra el solicitante.

Tampoco se hace procedente la tutela de manera transitoria por no reunirse los presupuestos establecidos al efecto: no se presenta la existencia de un perjuicio inevitable; no se produce de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental, derivada de los actos administrativos emitidos que cuentan con la presunción de su legalidad; consecuentemente, no existe gravedad tal en el presente caso que haga impostergable la tutela solicitada; los medios de defensa previstos en nuestro sistema de justicia – jurisdicción contencioso administrativa u ordinaria - son idóneos para evitar o poner fin a la eventual vulneración que refiere el actor, incluidas las medidas provisionales que dicha instancia pueda disponer, si así lo considera conforme lo establecido normativamente.

En conclusión, en tales condiciones, no es la acción de tutela el instrumento idóneo para que la parte actora cuestione los actos o expectativas administrativas o judiciales.

⁸ Nota original de pie de página en el texto citado. "Ver entre otras, las sentencias T-806 de 2004, Clara Inés Vargas Hernández; T-418 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-811 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-571 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-470 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra."

Conforme lo anteriormente expuesto, la acción de tutela se considera improcedente, lo que así se dispondrá en la parte resolutive.

Finalmente, se ordenará la desvinculación de la parte vinculada, por no haber vulnerado derecho alguno de la parte accionante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali – Valle del Cauca,

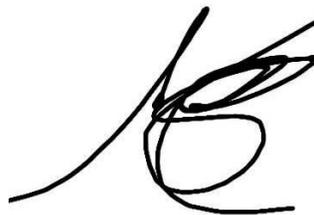
ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA,

RESUELVE:

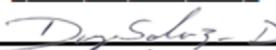
- PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela, conforme lo expuesto en la parte motiva.
- SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente Sentencia a quienes corresponda conforme a la ley, advirtiéndolo sobre la posibilidad de su impugnación.
- TERCERO: **DISPONER** la Desvinculación de las entidades objeto de dicha medida, conforme lo expuesto en la parte motiva.
- CUARTO: **REMITIR** la presente actuación ante la Honorable Corte Constitucional, para lo de su competencia, previo trámite de la eventual impugnación.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ,



ARMANDO DAVID RUIZ DOMINGUEZ

JUZGADO 3 DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI
En Estado No. <u>0001</u> de hoy se notifica a las partes el auto anterior.
Fecha: <u>13-01-2021</u>
 Secretario