

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIOCHO PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

Radicación.	11001310902020230013400
R.J.	2023-00134
Accionante.	Geferson Caicedo Amaya
Accionadas.	Comisión Nacional del Servicio Civil y Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá.
Motivo.	Fallo de tutela de primera instancia
Decisión.	Declara improcedente
Fecha.	Bogotá D.C., seis (06) de septiembre de 2023

1. MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por **Geferson Caicedo Amaya** en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y la **Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá.**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a cargos públicos, al trabajo y a la igualdad.

2. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Geferson Caicedo Amaya, en su escrito de tutela señaló que ocupó el cuarto (4) puesto dentro de la lista de elegibles conformada por la Resolución No. 6300 del 10 de noviembre 2021, para ocupar el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 18, en virtud del concurso de méritos convocado por la **Comisión Nacional de Servicio Civil (en adelante CNSC)** para proveer definitivamente una (1) vacante perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de la **Secretaría Distrital de Hacienda (en adelante SDH)**, proceso de selección No. "1462 a 1492 y 1546 de 2020 Convocatoria Distrito Capital 4", dentro de la OPEC 143194.

En el mes de diciembre de 2021, la **SDH** en uso de la lista de elegibles nombró y posesionó a Hilda Lisseth Pineda, mediante Resolución SDH-000816 del 13 de noviembre de 2021, quien ocupó el primer lugar en el empleo denominado profesional universitario, código 219, grado 18, ofertado en la OPEC No. 143194.

Así mismo, refirió que, en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero y 22 de septiembre de 2020 expedido por la **CNSC**, la **SDH** solicitó a la referida comisión, el 18 de noviembre de 2022, autorización para el uso de la lista de elegibles correspondiente a la OPEC 143194, para proveer vacantes correspondientes a los "mismos empleos". Luego, la **CNSC**, mediante oficio del 23 de agosto de 2022, concluyó que era viable usar la lista de elegibles para la provisión de esa nueva vacante en el empleo identificado con el OPEC No. 143194¹ con el elegible que había ocupado la segunda posición, es decir, Néstor Hely Mora Barbosa.

Por lo anterior, el 09 de septiembre de 2022, el accionante dirigió petición a la **SDH** solicitándole que hiciera uso de la lista de elegibles, de conformidad con las vacantes existente y que, además, se tuviera en cuenta su nombre para los procesos de vinculación relacionados con "empleos equivalentes", en la respuesta la entidad precisó que:

"(...) la Secretaría Distrital de Hacienda, identificó una (1) vacante correspondiente a características de mismos empleos con la OPEC No.143194, la cual ya fue autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, para los elegible que ocupó la segunda (2) posición, nombramiento que se encuentra en trámite de expedición".

(...)

*"(...) la Secretaría reportó **ocho (8) cargos vacantes** en el módulo de Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad- SIMO, efectuando las solicitudes correspondientes de uso de listas de elegibles de Convocatoria 1485 de 2020 – Distrito Capital IV – con el fin de proveer definitivamente estas vacantes de carrera administrativa que cuentan con características de "empleos equivalentes".*

(...)

"Es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, definir y autorizar cuál de las veintinueve (29) listas debe usarse para cada uno de los empleos reportados y, por tanto, decidir sobre quien recaerá el nombramiento, de acuerdo con orden de mérito establecido. Es así, que a la fecha no hemos recibido autorización para el uso de lista de elegibles para proveer un cargo con características de empleo equivalente a la OPEC 143194. En la medida que la Comisión Nacional del Servicio Civil, emita lo correspondiente, se dará inicio al trámite respectivo y toda actuación será comunicada.".

El 8 de junio de 2023, el accionante envió, nuevamente, derecho de petición a la **SDH**, en la que solicitó aclaración por un nombramiento realizada por ésta, para proveer el empleo identificado con la OPEC No. 143194 sin haberlo tenido en cuenta, en la respuesta a la solicitud la entidad argumento que, una vez validada la información, los datos del actor no habían sido remitidos en la base de elegibles de la **CNSC**. Sin embargo, no se clarificó el motivo por el cual no fue seleccionado. En su criterio, teniendo en cuenta las respuestas

¹ Profesional Universitario, código 219, grado 18.

emitidas por la **SDH**, se avizora que existen cargos vacantes que, incluso no han sido convocados, con idénticas funciones, denominación, código, grado y asignación salarial, en calidad de "empleos similares". A pesar de eso, no se le ha tenido en cuenta, aunque ocupó la cuarta posición.

En el mes de julio de 2023, la **SDH** nombró y posesionó a la persona que ocupó el tercer (3) lugar en la lista de elegibles al que pertenece el accionante, el señor Luis Eduardo Jiménez Chaparro, en un "empleo similar" o "empleo equivalente". Por esa razón, el convocante considera que la entidad no ha realizado debidamente los nombramientos en el orden de mérito, además, precisa que no se encuentra en los registros del aplicativo de SIMO 4.0 y que no están teniendo en cuenta el cargo con OPEC 143194 para proceder con su nombramiento, ya que está a la espera de que lo posesionen en un empleo similar, toda vez que la lista de elegible en la que figura vence el 29 de noviembre de 2023.

Por lo anterior, **Geferson Caicedo Amaya** consideró que se está ante una vulneración a sus derechos fundamentales, que se concreta en la negativa de las entidades accionadas de proveerle un cargo, pues cuenta con todos los requisitos para ser nombrado en las vacantes definitivas no convocadas; y, en ese orden, solicitó a la judicatura, tutelar sus derechos vulnerados y ordenar a las accionadas: **i)** a la **SDH** que solicite la autorización a la **CNSC** para realizar su nombramiento en la vacante OPEC 143194; **ii)** a la **CNSC** que autorice la lista de la OPEC 143194 u otra en "empleo equivalente"; **iii)** a la **CNSC** y **SDH** que hagan uso de la lista de elegibles conformada por la Resolución No. 6300 del 10 de noviembre de 2021 para proveer una vacante definitiva en el OPEC 143194 y que se realice el procedimiento administrativo para ser nombrado y posesionado en el periodo de prueba.

2.2. El trámite.

El 24 de agosto 2023, el Juzgado avocó conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado de la demanda a la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y a la **Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá**. Adicionalmente, el 04 de septiembre de 2023, se ofició a la **Comisión Nacional del Servicio Civil** para que notificaran y corrieran traslado de la acción constitucional a los aspirantes de la OPEC No. 143194, con la finalidad de que, en caso de considerarlo, se pronunciaran sobre los hechos puestos de presente por la accionante.

En ese sentido, mediante comunicación de fecha 05 de septiembre de 2023, la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, informó a este Despacho Judicial que envió comunicación a los aspirantes de la OPEC previamente mencionada a través del enlace SIMO de la página web www.cnsc.gov.co.

2.3. Las respuestas.

2.3.1. Comisión Nacional del Servicio Civil.

La **Comisión Nacional del Servicio Civil**, dentro del término otorgado por este Despacho en el traslado de la tutela, allegó respuesta solicitando que se declare improcedente la acción constitucional interpuesta por el señor **Caicedo Amaya**, considerando que no se acreditó el requisito de subsidiariedad en los términos establecidos en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991. Preciso que en últimas la censura que hace el accionante recae sobre normas contenidas en los acuerdos reglamentarios del concurso, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos.

En ese sentido, añadió que, la jurisprudencia constitucional, de antaño ha reconocido que la vía para ventilar controversias relacionadas con concursos de méritos es la Jurisdicción Contencioso Administrativa; salvo que se acredite la concurrencia de un perjuicio irremediable, hecho que, a su juicio, el accionante no enunció ni demostró en el caso en concreto. En ese sentido, destacó, que el actor tiene a su disposición los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho.

Además, argumentó que no existe perjuicio irremediable, pues el convocante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y carácter impostergable del derecho que se reclama.

Adicionalmente, agregó que en la lista de elegibles el accionante ocupó el cuarto (4) lugar, por lo que no tiene posición meritosa. Por lo anterior, su nombramiento no está sujeto solamente a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puede ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad. De igual modo, señaló que es responsabilidad de la entidad finalizar el proceso de nombramiento en periodo de prueba, posesión y evaluación de dicho periodo, así como decidir las actuaciones propias de la gestión del talento humano.

En conclusión, no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse solicitud de autorización de uso de lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad.

2.3.2. Secretaría Distrital de Hacienda.

La **Secretaría Distrital de Hacienda**, resaltó que si bien el accionante ocupa la cuarta posición de la lista de elegibles conforme se observa en la Resolución 6300 del 10 de noviembre de 2021, eso no significa que de manera automática acceda a un empleo vacante dentro de la entidad y que, adicionalmente, la competencia para realizar el estudio y análisis de una lista de elegibles es la **CNSC**.

De igual manera, argumentó que ha realizado los nombramientos en periodo de prueba, observando el principio de mérito y así han sido autorizadas por la CNSC y que, incluso, se autorizaron dos elegibles, tratándose de la OPEC 143194, relativo a las posiciones dos y tres, respectivamente.

Aclara, entonces, que obró dentro de los parámetros legales, así como en el ámbito de su competencia, evidenciando que no ha amenazado los derechos constitucionales fundamentales del accionante, lo que hace improcedente la acción de tutela.

2.3.3. Aspirantes OPEC No. 143194.

Los aspirantes de la OPEC No. 143194 no se pronunciaron dentro del término de traslado otorgado por el Despacho, a pesar de que, mediante auto del 04 de septiembre de 2023, se ordenó a la **CNSC** informar a los aspirantes del proceso de selección previamente mencionado del trámite constitucional de la referencia, para que, si a bien lo tenían, se pronunciaran sobre los hechos puestos de presente por la parte actora.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Competencia.

Este Despacho es competente para emitir decisión de primera instancia dentro de la acción de amparo promovida, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991; y el artículo 2.2.3.1.2.1., numeral 2, del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 333 de 2021.

3.2. La acción de tutela.

La acción de tutela, contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política, es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos y libertades constitucionales fundamentales cuando, en el caso concreto, por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados por la ley, tales derechos resulten amenazados o vulnerados, sin que exista otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo este, la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.3. Derecho fundamental a acceder a cargos públicos.

El ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la Constitución Política de 1991, consagró el mérito como la regla general para acceder a empleos con órganos o entidades del Estado. Así, el artículo 125 de la Carta Política precisó que los empleos en el Estado son de carrera; exceptuando únicamente los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Este derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como:

"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializando el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad

*administrativa (ii) que guarda relación o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal*².

Lo anterior, ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como uno de los pilares del Estado Social de Derecho consagrado por el constituyente, enfatizando en que la carrera administrativa, y en consecuencia el mérito como regla general, es un principio constitucional de tal importancia que, su inobservancia, podría conllevar a una sustitución de la constitución³.

Así mismo, la Corte Constitucional ha precisado que, el derecho a acceder a cargos públicos no es absoluto, toda vez que está sujeto a límites y requisitos constitucionales, legales y reglamentarios:

*"En efecto, el artículo 123 de la Constitución señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Por ello, quienes pretendan acceder al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias que procuran la realización del interés general y garantizan el cumplimiento de los principios de la función pública dispuestos en el artículo 209 de la Constitución."*⁴

Por tal razón, el artículo 150-23 de la Constitución estableció que el legislador está facultado para expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas, y, en particular, para establecer los requisitos de acceso y permanencia en los cargos públicos⁵.

En desarrollo de tal prerrogativa constitucional, la Ley 909 de 2004 definió la carrera administrativa como "un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Así mismo, previó que el concurso de méritos es el proceso de selección prevalente para el ingreso y ascenso en los cargos de carrera.

En relación al concurso de méritos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que:

"El concurso de méritos es un procedimiento complejo previamente reglado por la Administración, por medio del cual se "selecciona, entre varios participantes que han sido convocados y reclutados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y calidades adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público."

En este sentido, el concurso de méritos tiene como finalidad garantizar la "idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad" y, al mismo tiempo, impedir que prevalezca la

² Corte Constitucional, sentencia T-214 de 2004.

³ Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-618 de 2015.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-558 de 1994.

*arbitrariedad del nominador que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables*⁶.

3.4. Derecho fundamental a la igualdad

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la igualdad cumple un papel triple en ordenamiento jurídico pues es un valor, un principio y un derecho fundamental. Lo anterior, se derivada de su consagración en preceptos distintos que cumplen diversas funciones. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional la establece entre los valores que pretende asegurar la Carta Política, mientras que el artículo 13 de la Constitución la establece como principio y como derecho fundamental ⁷.

A diferencia de otros principios y derechos fundamentales, la igualdad no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferente injustificado. De dicha ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad y es su carácter *relaciona*⁸.

La doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad, del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos; por una parte, un mandamiento que obliga a dar el mismo trato frente a idénticas situaciones, siempre que no existan supuestos de hecho que lo impidan; por otra, un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes⁹.

3.5. Naturaleza residual y subsidiaria de la acción constitucional de tutela.

Debe precisarse que, al tenor del inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la tutela no procede en caso de que exista un mecanismo o acciones distintas, mediante la cuales el actor pueda hacer valer sus derechos, con la excepción de que aquella se utilice para evitar un perjuicio irremediable, siendo imperioso que *“la existencia de dichos medios sea apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

La tutela, entonces, es un mecanismo de carácter excepcional, subsidiario y residual; por tanto, no puede ser utilizada como un medio alternativo y paralelo a otras acciones ordinarias, tampoco constituye una instancia adicional, o medio para revivir términos fenecidos o acciones prescritas, y, en ese sentido, no supe ni desplaza acciones o competencias previstas por ley para la resolución de conflictos de derechos litigiosos.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-405 de 2022.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-339 de 2011.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

Es por ello que, frente a la existencia de un mecanismo judicial distinto, el juez debe evaluar la situación concreta y examinar si ese medio judicial resulta suficiente, eficaz e idóneo para la inmediata protección de un derecho de carácter fundamental sujeto de violación o amenaza, con el fin de evitar, equivocadamente, una vía de solución legal que no se ajuste al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva a un derecho de rango fundamental, sino que solo alcance al reconocimiento y protección de derechos de rango legal.

En consecuencia, el Despacho debe analizar si existe un medio ordinario, idóneo y eficaz al cual pueda acudir el actor o si existe un perjuicio irremediable que torne procedente como mecanismo urgente la acción tutelar.

3.6. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concurso de méritos.

La Corte Constitucional ¹⁰, ha precisado que, tratándose de afectaciones derivadas del trámite de concurso de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, esto con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. En virtud de lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si se está frente a un acto administrativo de carácter general o particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo el caso.

Lo anterior, no significa que la acción de tutela se torne, inmediatamente improcedente, pues surge necesario determinar, si es la demanda constitucional es medio *idóneo* para resolver el problema planteado y, además, si dicho medio es eficaz para conjurar la posible afectación de las garantías fundamentales, siempre atendiendo las particularidades del caso.

Reiteradamente, la Corte Constitucional ha sostenido que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco del concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles¹¹.

La anterior posición, ha sido respaldada por el Consejo de Estado, señalando que cuando se profiere la lista de elegibles, la administración dicta actos administrativos cuyo objeto es crear situaciones jurídicas particulares y, cuando cobran firmeza, crean derechos ciertos que deben

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-081 de 2022.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-338 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2019, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-157 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

ser debatidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, por cuanto el debate generalmente se centra en la legalidad del proceso y en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico y en la convocatoria¹². Lo que significa que al juez de tutela le compete establecer, si al momento de decidir la solicitud de amparo ha sido publicada la lista de elegibles.

Es importante traer a colación que la jurisprudencia constitucional ha fijado algunas subreglas para orientar cuando la nulidad y el restablecimiento del derecho no es *eficaz*, entendiendo que no permite materializar el principio de mérito en el acceso a los cargos públicos¹³.

En ese sentido, la Corte ha considerado que es procedente la acción de tutela para resolver controversias relacionadas con concurso méritos cuando: i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la constitución o por la ley¹⁴; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles¹⁵; iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional¹⁶; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante¹⁷, a este resultado desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.

3.7. El caso concreto.

Considerando el acopio probatorio recaudado dentro del trámite de la acción, el Despacho encontró probados los siguientes hechos:

- **Geferson Caicedo Amaya** participó dentro del concurso de méritos convocado por la **CNSC** para proveer definitivamente una vacante perteneciente al sistema de carrera administrativa de la **SDH**, proceso de selección No. "1462 a 1492 y 1546 de 2020 Convocatoria Distrito Capital 4", dentro de la OPEC. 143194, para ocupar el cargo de profesional universitario, código 219, grado 18.
- Dentro de dicha convocatoria pública, el accionante se encuentra en el cuarto (4) puesto dentro de la lista de elegibles, conformada por la Resolución 6300 del 10 de noviembre de 2021.

¹² Corte Constitucional, T-081 de 2022.

¹³ Corte Constitucional, T-049 de 2019

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017, T-610 de 2017 y T-059 de 2019.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias SU-136 de 1998, T-455 del 2000, T-102 de 2001, T-077 de 2005, T-521 de 2006, T-175 de 2009, T-556 de 2010, T-156 de 2012, entre otras.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias T-785 de 2013, T-160 de 2018, entre otras.

¹⁷ Edad, estado de salud, condición social, entre otras

POSICIÓN	DOCUMENTO	NOMBRE	APELLIDOS	PUNTAJE
1	52711861	HILDA LISSETH	PINEDA ARDILA	74.61
2	80496593	NÉSTOR HELY	MORA BARBOSA	69.25
3	80070644	LUIS EDUARDO	JIMENEZ CHAPARRO	69.08
4	1110468616	GEFERSON	CAICEDO AMAYA	68.80

- La lista de elegibles cobró firmeza el 29 de noviembre de 2021.
- En el mes de diciembre de 2021, la Secretaría Distrital de Hacienda mediante Resolución SDH-000816 del 13 de noviembre de 2021, en uso de la lista de elegibles, nombró y posesionó a la persona que ocupó el primer lugar, Hilda Lisseth Pineda Ardila, quedando provista esta OPEC.
- Es competencia de la **CNSC** definir o autorizar la lista que debe usarse para los empleos reportados y, por tanto, decidir sobre quien recaerá el nombramiento, de acuerdo con el orden de mérito.
- La **SDH**, en virtud de los criterios unificados de uso de lista en vigencia de la Ley 1960 de 2019, solicitó a la **CNSC** autorización para hacer uso de la lista de elegibles para proveer vacantes correspondientes a los "mismos empleos". Conforme a lo anterior, nombró, y posesionó en periodo de prueba al elegible Néstor Hely Mora Barbosa, quien ocupó el segundo lugar a través de Resolución No. SHD. 000452 del 24 de noviembre de 2022 y, mediante Resolución No. SHD-000258 del 12 de julio de 2023, nombró y posesionó en periodo de prueba a Luis Eduardo Jiménez Chaparro, quien obtuvo la tercera posición en la lista.
- En la **SDH**, con posterioridad a la Convocatoria que se ha referenciado, surgieron 35 empleos vacantes, bajo el concepto de "mismos empleos o empleos equivalentes" que fueron reportados en el SIMO para efectos de la respectiva autorización del **CNSC**. Así pues, fueron autorizados por ésta 24 empleos, dos de los cuales fueron con la OPEC 143194 y los 22 restantes con otras OPEC'S diferentes.
- A la fecha todos los empleos reportados han sido definidos por la **CNSC**, no existen más vacantes autorizadas para la OPEC 143194 y no existen nuevos empleos vacantes para PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 219, grado 18.

A partir de lo anterior, para abordar el estudio del presente caso, el Despacho desarrollará el tema de: **a.** Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concurso de méritos improcedencia de la acción de tutela por falta de acreditación del requisito de subsidiaridad; **b.** De la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a cargos públicos, al trabajo y a la igualdad.

a. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concurso de méritos.

La Corte Constitucional ¹⁸, ha precisado que, tratándose de afectaciones derivadas del trámite de concurso de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional verificar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, esto con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. En virtud de lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para concluir si se está frente a un acto administrativo de carácter general o particular y concreto que pueda ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo el caso.

Lo anterior, no significa que la acción de tutela se torne, inmediatamente improcedente, pues surge necesario determinar, si es la demanda constitucional es medio *idóneo* para resolver el problema planteado y, además, si dicho medio es eficaz para conjurar la posible afectación de las garantías fundamentales, siempre atendiendo las particularidades del caso.

Reiteradamente, la Corte Constitucional ha sostenido que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco del concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles¹⁹.

La anterior posición, ha sido respaldada por el Consejo de Estado, señalando que cuando se profiere la lista de elegibles, la administración dicta actos administrativos cuyo objeto es crear situaciones jurídicas particulares y, cuando cobran firmeza, crean derechos ciertos que deben ser debatidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, por cuanto el debate generalmente se centra en la legalidad del proceso y en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico y en la convocatoria²⁰. Lo que significa que al juez de tutela le compete establecer, si al momento de decidir la solicitud de amparo, ha sido publicada la lista de elegibles.

Es importante traer a colación que la jurisprudencia constitucional ha fijado algunas subreglas para orientar cuando la nulidad y el restablecimiento del derecho no es *eficaz*, entendiendo que no permite materializar el principio de mérito en el acceso a los cargos públicos²¹.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-081 de 2022.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencias T-338 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2019, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-157 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

²⁰ Corte Constitucional, T-081 de 2022.

²¹ Corte Constitucional, T-049 de 2019

En ese sentido, la Corte ha considerado que es procedente la acción de tutela para resolver controversias relacionadas con concurso méritos cuando: **i)** el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la constitución o por la ley²²; **ii)** se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles²³; **iii)** el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional²⁴; y, finalmente, **iv)** cuando por las condiciones particulares del accionante²⁵, resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.

Retomando la jurisprudencia previamente citada, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de decisiones tomadas en el marco de los concursos de méritos, este Despacho pone de presente que, la acción de tutela propuesta por **Geferson Caicedo Amaya** no acredita el requisito de subsidiaridad, en la medida que el demandante cuenta con otro mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial, para obtener la satisfacción de las pretensiones ante el juez administrativo.

Precisamente, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial para resolver los asuntos que se derivan del trámite del concurso de méritos, especialmente, cuando en este ya se profirieron actos administrativos y concretos que generaron derechos individuales y ciertos, esto con ocasión de la firmeza de la lista de elegibles, fenómeno que se dio el 29 de noviembre de 2021, los cuales pueden ser objeto de debate ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que, adicionalmente, se puede solicitar la nulidad de los efectos de dichos actos²⁶.

Como se observó del acopio probatorio dentro del trámite de la acción de tutela, los supuestos fácticos no se enmarcan dentro de ninguna de las subreglas; primero, porque el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 219, grado 80 no tiene un período fijo establecido por la Constitución o por la ley; segundo, el accionante no ocupó el primer puesto en la convocatoria sino el cuarto; tercero, no es un conflicto que escape del conocimiento del juez administrativo, ya que está relacionado con normas contenidas en acuerdos reglamentarios del concurso; y, por último, no se demostró la existencia de alguna condición particular que ponga en evidencia que resulta desproporcionado para el accionante acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²² Corte Constitucional, sentencias T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017, T-610 de 2017 y T-059 de 2019.

²³ Corte Constitucional, sentencias SU-136 de 1998, T-455 del 2000, T-102 de 2001, T-077 de 2005, T-521 de 2006, T-175 de 2009, T-556 de 2010, T-156 de 2012, entre otras.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-785 de 2013, T-160 de 2018, entre otras.

²⁵ Edad, estado de salud, condición social, entre otras

²⁶ CPACA, art.230.

b. De la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a cargos públicos, al trabajo y a la igualdad.

Frente a la presunta vulneración de las garantías fundamentales del accionante, una vez analizando el acervo probatorio, se evidencia que el elegible ocupó el cuarto puesto dentro de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 6300 del 10 de noviembre de 2021 *"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer (1) vacante definitiva del empleo denominado profesional universitario, código 219, grado 18, identificado con el código OPEC no. 143194 en la modalidad abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA – SDH, proceso de selección 1462 a 1492 y 1546 de 2020 Convocatoria Distrito Capital 4"*.

Una vez quedando provista esta OPEC, en cumplimiento de criterios unificados de uso de lista en vigencia de la Ley 960 de 2019, la **SDH**, previa autorización **CNSC** nombró en periodo de prueba a quienes habían ocupado el segundo (2) y tercer (3) puesto de la lista de elegibles.

Entonces, no es cierto que se le estén vulnerando los derechos fundamentales al accionante, puesto que conforme se observa, el accionante ocupó el puesto cuatro (4). Sin embargo, eso no significa que de manera automática acceda a un empleo vacante, pues el estudio de la Lista de Elegibles a escoger lo hace la CNSC, y de los 35 empleos vacantes bajo el concepto de "empleos equivalentes", 24 fueron aceptados por la CNSC, 2 de los cuales fueron con la OPEC 143198 (el segundo y tercer puesto, respectivamente).

A la fecha no se presentan más vacantes autorizadas para la referida OPEC y no existen nuevos empleos vacantes para profesional universitario código 2019, grado 18.

3.8. Conclusión.

Por todo lo anterior, y por no encontrarse acreditado el requisito de subsidiariedad, consagrado en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, se declarará improcedente la acción de tutela interpuesta por **Geferson Caicedo Amaya** en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría Distrital de Hacienda**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a cargos públicos, al trabajo y a la igualdad.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veintiocho (28) Penal del Circuito de Bogotá, D. C. con Funciones de Conocimiento**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

RESUELVE

Rad. 1100131090282023000134

Accionante. **Geferson Caicedo Amaya**

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela interpuesta por **Geferson Caicedo Amaya**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.468.616 de Ibagué (Tolima), en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría Distrital de Hacienda** por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a cargos públicos, al trabajo, y a la igualdad.

SEGUNDO: LIBRAR las comunicaciones previstas en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

TERCERO: COMISIONAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil** la publicación del presente fallo de tutela en la página web del proceso de selección No. "1462 a 1492 y 1546 de 2020 Convocatoria Distrito Capital 4", dentro de la OPEC. 143194, con el fin de que los aspirantes del mismo, si a bien lo tienen, ejerzan oportunamente el recurso de impugnación. De la publicación de este fallo, deberá remitir a este Juzgado las constancias correspondientes.

CUARTO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnado el presente fallo.

Contra esta decisión procede impugnación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el cual podrá ser promovido ante este Despacho dentro de los tres días siguientes a la notificación del presente proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARMEN HELENA ORTIZ RASSA
JUEZ