

Honorables
MAGISTRADOS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER (REPARTO)
Palacio de Justicia E.S.D.
Bucaramanga.

2019-00235

REFERENCIA: Acción de Tutela de **WILSON BASTOS DELGADO** contra la **DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA;** y **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC;**

VINCULADOS: **CONCURSANTES ELEGIBLES VIGENTES CONVOCATORIA 436 PARA EL CARGO DE INSTRUCTOR CODIGO 3010,** para que a través de la página de la CNSC se ordene la Publicación de la presente acción.

WILSON BASTOS DELGADO, persona mayor de edad, vecino de Bucaramanga, identificado con la cédula de ciudadanía No.91.238.400 expedida en Bucaramanga, respetuosamente ante el Despacho acudo para presentar **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- en adelante SENA;** y **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- en adelante CNSC;** por violación a los Derechos Fundamentales de **IGUALDAD,- DEBIDO PROCESO, -ACCESO A CARGOS PÚBLICOS; DERECHO AL TRABAJO; VIDA DIGNA; MÍNIMO VITAL y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO SUPERIOR DEL NIÑO,** entre otros.

Por las siguientes razones que a continuación paso a exponer.

HECHOS:

1. El SENA, Invirtió¹ Cerca de 11.000.000.000. ONCE MIL MILLONES DE PESOS, en el concurso Convocatoria 436 de 2017 para escoger por mérito los mejores y más idóneos funcionarios en carrera administrativa, artículo 125 C.P para cumplir con los fines del Estado, artículo 2 C.P. Los mejores con los más altos puntajes².
2. El actor se inscribió y participo en una de las 1927 OPEC para proveer **3169** vacantes de Instructor Código 3010 G 1 al 20 que el Sena oferto a través de la **CNSC** mediante Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, y sus documentos compilatorios convocatoria 436 de 2017 SENA³
3. En esas vacantes se encuentra el área temática Gestión Administrativa que en el país oferto cerca de 150 vacantes en aproximadamente 60 diferentes listas OPEC, codificadas no precisamente por especialidad, sino por posición geográfica del empleo. En Santander se ofertaron 15 de estas vacantes en 6 diferentes listas OPEC, por posición geográfica, o sea por ubicación del cargo de acuerdo al Centro de Formación, la misma especialidad en 6 diferentes Centros

¹ Resolución No CNSC -20172120075795 del 27-12-2017 por la cual se dispone el recaudo de unos recursos por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA...Para financiar los costos que corresponden en desarrollo del Proceso de Selección por Merito... convocatoria 436. (Ver a folio 16-a-18)

² En sentencia T-654/11 dice la corte; Conforme ha señalado esta Corporación en sentencia C-479 de 1992, en relación con el régimen de carrera le permite al Estado "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos"

(...) de igual forma, la Sala Plena de la Corte, en sentencia SU-133 de 1998¹⁵, unificó la doctrina referida a los concursos en los siguientes términos: "el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones.... ...

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado"

³Ver documentos compilatorios Acuerdo Convocatoria 436 de 2017 SENA Artículo 10 (Ver a folio 27)

de Formación, así participo el actor para el empleo **OPEC 59953** Cargo Instructor Código 3010 G 1 al 20, Gestión Administrativa para el **SENA REGIONAL SANTANDER**, que ofrecía solo una (1) vacante en el **CENTRO DE ATENCION AL SECTOR AGROPECUARIO C.A.S.A** en el Municipio de Piedecuesta Santander.

4. Mediante resolución No 20192120011295, del 26-02-2019 con firmeza a partir del 07/03/19⁴ se conformó la lista de elegibles de la **OPEC 59953, área temática Gestión Administrativa** en la cual el actor ocupó el puesto No 2 con un puntaje de **81.72/100** pero no accedió a una vacante por ser solo una la Ofertada. (F.20)
5. Posesionado el ganador del primer lugar, paso el actor a ocupar el **PRIMER LUGAR DE LA LISTA VIGENTE** por (2) dos años a partir de la firmeza con un puntaje de **81.72/100**, por lo que al haber las vacantes **DESIERTAS** y pretender una de estas, no cuenta el actor con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.⁵
6. Como quiera que finalizado el proceso de selección quedaron aproximadamente 90 vacantes **DESIERTAS**, en diversas áreas temáticas, debidamente motivadas con resolución por parte de la **CNSC**, que son parte de la misma convocatoria 436 de 2017, cargo Instructor Código 3010 G 1 al 20, para el cual participo, solicita el actor por haber superado con éxito el riguroso concurso de méritos, se le nombre por lista de elegibles en una de estas vacantes **DESIERTAS**, en donde cumpla requisitos de estudio y experiencia, ante lo cual las accionadas se niegan a proveer está vacante por el concurso convocatoria 436 de 2017 SENA y optan hacerlo por fuera del sistema de carrera administrativa con provisionalidad o encargo.
7. Que estas vacantes **DESIERTAS** aunque son de especialidades temáticas diferentes a la que participo el actor, son de la misma denominación y código, ofertadas en la convocatoria 436 de 2017 SENA, Instructor Código 3010 G 1 al 20, y en algunas por tener similitud funcional⁶ el actor al cumplir requisitos exigidos puede acceder a nombramiento en periodo de prueba de cuerdo al puntaje meritorio obtenido, respetando en esas condiciones el derecho de otros elegibles que tengan Mayor puntaje que él.
8. Que el Acuerdo de convocatoria 436 de 2017 SENA, como norma del concurso, establece la oferta de 3169 vacantes de Instructor Código 3010 y No otras, como tampoco menos, por lo que siendo **LAS DESIERTAS** del mismo concurso, en supremacía de artículo 125 superior y concordante con la ley 909 de 2004, y demás normas reglamentarias, Ley 1955 de 2019, estas desiertas deberían ser provistas con lista de elegibles de la misma convocatoria 436⁷.
9. Que contrario al principio constitucional del mérito, a las directrices del nuevo Plan Nacional de Desarrollo, a los miles de millones de pesos invertidos en la convocatoria 436, pretende el SENA, proveer estas vacantes **DESIERTAS** con el encargo o la provisionalidad. Circular 1-2020 Radicado **01-32019-000067** del 24 de Abril/19 **"GUIA PARA PROVEER VACANTES POR ENCARGO"** cuyo alcance está determinado en los términos del artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 648 de 2017. (ver a folio 69-87) solicitud de aclaración uso de lista de elegibles que no fue resuelta.

⁴ Ver resolución No 20192120011295 Segunda posición con 81.72/100 (ver a folio 20)

⁵ Sentencia T-2852236 de 2011. M.P. Dr. Luis Ernesto Silva. En referencia a las disposiciones en la Sentencia T 455 de 2000.

⁶ **ACUERDO 562 de 2016**, Artículo 3. **Definiciones:** Numeral 7. **Empleo con similitud Funcional:** Se entiende que un empleo es similar funcionalmente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tienen asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares. La presente definición aplica únicamente para efectos de uso de listas de elegibles, en marco de los procesos de selección que adelante la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de sus facultades legales. (Ver a folio 55)

⁷ Ver ley 1955 del 25 de mayo de 2019. Nuevo Plan de Desarrollo. Art. 263; REDUCIR LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO

Artículo 2.2.5.3.5 Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer (...)

10. El actor inicio acciones para solicitar una de esas vacantes desiertas y mediante comunicación No 201812310012, el 22 de enero de 2019 la CNSC respondió:

(...)“que en sala plena de comisionados del 17 de abril de 2018, como resultado del análisis previo a definir la modificación y/o expedición de un nuevo acuerdo que entraría a regular el uso de la lista de elegibles considero el uso de lista de elegibles para empleos no ofertados al solicitar que se aplique la norma general (ley 909 de 2004) según lo siguiente:

“... Siempre y cuando haya suficientes elegibles para cada uno de los empleos convocados, razón por la cual se deberán nombrar a los elegibles hasta agotar las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo por lo tanto se considerara la lista general que será usada en estricto orden de mérito para cubrir las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, (...) resaltado fuera de texto.

(...) Por lo cual, es del caso informar que una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo o que el/los elegibles ubicados en las primeras posiciones rechacen el nombramiento, se considerara la Lista General de Elegibles que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza (...)⁸

11. El actor radico ante el SENA, solicitud mediante oficio No 68-1-2019-003985 del 15 de marzo de 2019 para reclamar lista de elegibles. En respuesta Oficio No 68-2-2019-006946 del 1 de abril de 2019, contrario a lo manifestado por la CNSC, y contrario a la norma de la Convocatoria, el SENA respondió:

“en su caso usted participo para la OPEC 59953 ubicándose en 2 lugar, por tal razón no hay lugar a reclamar uso de la lista de elegibles para una OPEC diferente a la cual Usted concurso”. (Ver a folio 65)

12. Que mediante oficio Radicado 20192120102771 de fecha 01-03-2019 en dirigida a la Dra Aleyda Murillo, Presidente del sindicato Sindesena, la CNSC da una respuesta contraria a la dada al actor en el que manifiesta que no habrá lista de elegibles, ni bolsa de elegibles que incluyan a los elegibles que no alcanzaron el orden de elegibilidad para acceder a una de las vacantes ofertadas. (folio 66-68)

13. Existen diversos fallos de tutela y referimos solo 2 dos⁹ que en otras convocatorias han amparado los derechos de los elegibles ante vacantes

⁸Ver respuesta PQR al radicado No 2018812310012 (Ver folios 63 a 64)

⁹En sentencia Radicado No 250000-23-36-000-2017-00240-01 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SUBSECCION A Consejero Ponente: GABRIE VALBUENA HERNANDEZ. Fallo de segunda instancia, del 27 de Abril de 2017, en un caso similar determino el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que para los cargos desiertos igualmente ofertados en la misma convocatoria, “era válido que ante la solicitud del accionante, la Comisión Nacional del Servicio Civil, remitiera a la Agencia Nacional de Minería la lista de elegibles vigente para la entidad y esta analizara si el accionante cumplía los requisitos mínimos de estudio y experiencia para el empleo declarado desierto....”(Página 22 inciso segundo.) (subraya fuera de texto) (Vista a folios 88 a 114.)

En sentencia de segunda instancia STP15629-2014 Radicado No 76612 Aprobado acta No 389 la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL, SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No 2. M.P JOSE LUIS BARCELO CAMACHO, el accionante LEONEL ANGEL LADINO LOAIZA, concurso por el empleo No 34306, código 407, grado 03 asociado a la prueba No 139 de la Gobernación de Caldas, ocupo el puesto No 2... Mediante oficio 2013EE17649 del 21 de mayo de 2013 la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizo el uso de la lista de elegibles para la provisión de 18 vacantes declaradas desiertas del empleo No 34011. NOTESE que los empleos OPEC son diferentes, de la lista elegible 34306 se proveyó la Desierta 34011. Tal cual se pretende en la presente acción. El fallo tanto en primera como en segunda instancia fue favorable al actor. (Ver a folios 115 a 131)

desiertas, accediendo por mandato judicial a una OPEC con numero diferente a la que participaron, o sea de una OPEC X a una OPEC Y, pero en las que se cumplían los preceptos de similitud funcional y cumplimiento de requisitos mínimos con base en al acuerdo 562 de 2016, la ley 909 de 2004. y la misma convocatoria.

- 14. El actor tiene el derecho constitucional por méritos y lo reglado en la convocatoria, para acceder a una vacante **DESIERTA** producto de haber superado todas las etapas del riguroso proceso de selección una vez verificado por las accionadas la posición en la lista de elegibles, cumplimiento de requisitos mínimos de estudio y experiencia, y siendo las vacantes desiertas de similitud funcional¹⁰ o equivalentes con la **OPEC 59953** en la que participo el actor, tiene el actor el derecho a ser nombrado conforme al Artículo 28 acuerdo 562.¹¹
- 15. Que con proveer vacantes Definitivas **DESIERTAS** de la convocatoria 436, mediante la figura de encargo o provisionalidad el SENA¹², desconoce la lista de elegibles que se generó en la Convocatoria 436 de 2017, y desconocen la posición de elegible que ostenta el actor, y los derechos constitucionales producto del concurso de méritos, y desconocen lo normado en el artículo 263 de la ley 1955 del 25 de mayo de 2019, **REDUCCION DE PROVISIONALIDADES EN EL EMPLEO PUBLICO**, del nuevo Plan Nacional de Desarrollo. Todo esto afectándolos derechos fundamentales invocados.
- 16. Que existe (entre muchas otras en el país), en el Centro de Barrancabermeja la **OPEC 63973** Desierta, que aunque es de la especialidad temática **DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO**, es de igual denominación, Instructor código 3010 G 1 al 20 que se oferto en la convocatoria 436, para la cual en cumplimiento de requisitos mínimos de estudio y experiencia puede aplicar el actor por ser de similitud funcional con la **OPEC 59953** Instructor Código 3010 de **GESTION ADMINISTRATIVA** en la que participo el actor.
- 17. Que en derecho le corresponde al actor por su mérito, acceder por lista de elegibles a una de las vacantes **DESIERTAS**, al haber superado el riguroso concurso de acuerdo al mayor puntaje en esta área en Santander y por tanto puede ser nombrado en periodo de prueba.
- 18. Que el SENA, como entidad del Estado tiene la posibilidad y la facultad de tomar decisiones que optimicen los derechos fundamentales reclamados en esta acción.
- 19. Que el actor supera los 54 años de edad, no cuenta con un trabajo estable, por lo que acceder a un cargo de carrera como es su derecho por mérito, asegura su estabilidad laboral y el ingreso para el sustento de su familia del que dependen tres hijos menores de edad de, 0, 4 y 11 años vulnerados por las accionadas.
- 20. Que las accionadas atentan contra el principio a la igualdad art. 13, debido proceso art. 29, a la buena fe art. 83, el principio constitucional del mérito art. 125 de la Constitución política, la ley 909 de 2004, ley 1955 de 2019, menoscabando

¹⁰ACUERDO 562 de 2016, Artículo 3. Definiciones: Numeral 7. Empleo con similitud Funcional: (Ver pie de página 6.) O texto del acuerdo a folio 55 ✓

¹¹ Artículo 28, Derecho del elegible a ser nombrado. El derecho a ser nombrado en virtud del uso de una lista, se adquiere cuando la entidad vaya a proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos (...), o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto y el elegible reúna las siguientes condiciones: 1. Que se encuentre en el primer orden de elegibilidad. 2. Que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el perfil del empleo a proveer. 3. Que la lista de elegibles de la que hace parte, se encuentre vigente. (Negrilla y subrayas fuera del texto) (Ver a folio 60) ✓

¹² Ver oficio Aclaración Publicación de Vacantes de Instructor para encargo del 11 de junio de 2019. Demuestra que ya se ofertaron todas las vacantes definitivas, entre las que están las **DESIERTAS** de la convocatoria 436. Se observa que no especifican especialidad temática, sino, Descripción de funciones, Requisitos de Estudio y Experiencia por lo que es posible acceder de una OPEC que se concursó a otra OPEC Desierta si se cumplen los requisitos. (Ver a folio 69) ✓

en el actor la confianza en el Estado y en sus instituciones, el que las accionadas a través de la Provisionalidad prefieran favorecer el clientelismo, la burocracia, el amiguismo, afectando los derechos fundamentales invocados por el actor, que afectan los derechos fundamentales del niño en sus tres hijos menores de edad a la educación con calidad, a la salud, a una vivienda digna, a una alimentación sana con nutrición, al deporte y la recreación.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Los derechos fundamentales del actor son violados de manera irrazonable una vez finalizadas las etapas de un proceso de méritos en una lista de elegibles vigente que cumple una vigencia en un tiempo corto, por lo que requiere la rápida atención que no brinda ningún otro medio de defensa judicial y que de no subsanarse pronto afecta los derechos fundamentales invocados por el actor.

Al respecto en sentencia de segunda instancia del 30 de enero de 2014, expediente No 08001-23-33-000-2013-00355-01, Magistrado ponente; HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, el Honorable Concejo de Estado dijo:

.... "Ahora bien, para el caso de las tutelas interpuestas en el trámite de los concursos de méritos, convocados para acceder a cargos públicos, esta Corporación ha sostenido² que, por regla general, las decisiones dictadas en los concursos de méritos son actos administrativos de trámite, expedidos justamente para impulsar y dar continuidad a la convocatoria. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contenciosas administrativas y, por lo tanto, la tutela se ve como el remedio judicial idóneo y eficaz para la protección los derechos fundamentales de los concursantes.

Por consiguiente, la Sección Cuarta ha estudiado de fondo las tutelas en las que se discuten decisiones de mero trámite.

² En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en Sentencia de AC-006982, sostuvo que "las decisiones dictadas durante un concurso docente son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan se hacen justamente para impulsar y dar continuidad al proceso de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso-administrativas, por lo tanto, en el caso objeto de estudio, la actora no cuenta con otros medios de defensa para lograr la continuidad en el concurso docente y las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no son eficaces para lograr la protección a los derechos fundamentales invocados"

Posteriormente en sentencia T-386/16 La Honorable corte constitucional ha sentado lo siguiente:

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS- Procedencia excepcional

Excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.(...) (subrayado fuera de texto)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

- **Constitución política de 1991.** Art, 13, 29, 40-7, 83, 125
- **Decreto 1785 de 2014 Art. 14.**
- **Ley 909 de 2004**
- **Decreto 648 de 2017**
- **Ley 1955 de 2019 de 25 de mayo de 2019 PLAN NACIONAL DE DESARROLLO PND**

*La Ley 1955 de 2019 del 25 de Mayo "Pacto por Colombia, Pacto por la equidad en su artículo 263 establece **REDUCCIÓN DE PROVISIONALIDADES EN EL EMPLEO PÚBLICO.***

La incidencia que tiene la ley del Plan de Desarrollo y su efecto vinculante y primordial en el ordenamiento Jurídico y la posición de la Corte Constitucional, de que el PND es la carta de navegación para la planificación global del manejo económico del Estado¹³ y conforme la Constitución Política de 1991, en la que se refiere que la ley del Plan de desarrollo, tiene prelación sobre las demás leyes¹⁴ (Fuente, Aspectos constitucionales y procedimentales del Plan Nacional de Desarrollo. DNP 2018, pág. 126), vemos absurdo e incoherente y nada de equidad, en que la Convocatoria 436 SENA, a parte de los cargos que no fueron ofertados porque a Directivos del SENA "**se les olvidaron reportar**" y gozan de provisionalidades, existen más de 90 cargos de Instructor Código 3010, declarados DESIERTOS por la CNSC, y además por lo absurdo y anti mérito de la distribución de OPEC dentro de esta convocatoria, hay más de 200 listas de elegibles que tiene un solo elegible, de tal manera que, al posesionarse y luego de producirse una vacancia definitiva durante los 2 años de vigencia de la lista, no hay con quién proveerlo y por tanto la entidad debe ofertarlos por encargo y/o en provisionalidad, que es contrario a la Directriz del Gobierno Duque, a través del **PLAN NACIONAL DE DESARROLLO, Art. 263. REDUCIR LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.**

La negación de las entidades accionadas a proveer vacantes DESIERTAS, con listas de elegibles del mismo concurso convocatoria 436 SENA, más las OPEC que registran un solo postulante en la lista de elegibles, más la incalculable cantidad de cargos que no fueron ofertados porque a los Directivos en principio constitucional de la buena fe, "**se les paso**" ofertarlos, van en contravía de lo que el gobierno direcciona en el nuevo **PLAN NACIONAL DE DESARROLLO. Ley 1955/19**, son contrarias al régimen de carrera administrativa instituido en el artículo 125 superior, y por tanto violan los derechos fundamentales invocados por el actor,.

¹³ De conformidad con el numeral 3 del artículo 150 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República "aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos". La Corte Constitucional (**Sentencia C-557, 2000**) ha precisado que su prevalencia: "no se deriva, como han pretendido entenderlo algunos, de la supuesta naturaleza de ley orgánica de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, naturaleza que no tiene pues se trata de una ley ordinaria" (subrayas nuestras), sino de su importancia como carta de navegación para la planificación global del manejo económico del Estado. .

¹⁴ Por disposición del inciso 3 del artículo 341 Superior, la ley que adopta el PND "**tendrá prelación sobre las demás leyes**; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores (...)", esto significa que, con el objetivo de posibilitar su ejecución inmediata, los gastos públicos que define la ley del plan no requieren de leyes posteriores que los decreten antes de incorporarlos como apropiaciones a la correspondiente ley de presupuesto anual, sin perjuicio de que el Congreso pueda aumentar o disminuir las partidas en el plan cuatrienal de inversiones al momento de discutir el presupuesto anual. (Subrayas y negrilla fuera de texto)

JURISPRUDENCIA

PRECEDENTE DE LAS ALTAS CORTES

CONSEJO DE ESTADO – AÑO 2017. sentencia Radicado No 250000-23-36-000-2017-00240-01 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SUBSECCION A Consejero Ponente: **GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**. Fallo de segunda instancia, del 27 de Abril de 2017, en un caso similar de una **OPEC con lista de elegibles a otra OPEC DESIERTA**, Fallo a favor del accionante, determinando el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre otros aspectos, que para los cargos DESIERTOS igualmente ofertados en la misma convocatoria, “era válido que ante la solicitud del accionante, la Comisión Nacional del Servicio Civil, remitiera a la Agencia Nacional de Minería la lista de elegibles vigente para la entidad y esta analizara si el accionante cumplía los requisitos mínimos de estudio y experiencia para el empleo declarado desierto....” (Página 22 inciso segundo.)

(Ver sentencia a folio 88 a 114)

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO.- CONFIRMASE PARCIALMENTE la sentencia de 28 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, que concedió el amparo *iustfundamental* solicitado por el señor DANIEL FERNANDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, salvo el numeral segundo que se modifica. En su lugar quedará así:

SEGUNDO.- ORDÉNASE a la Agencia Nacional de Minería para que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el estudio pertinente a efectos de determinar si el accionante cumple las exigencias requeridas para los empleos de Gestor, Código T1, Grado 11, identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929. Finalizado el término señalado la Agencia Nacional de Minería deberá remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil el acto administrativo donde se plasme el anterior análisis.

De constatare que el accionante reúne los requisitos que exige el cargo, se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir a la Agencia Nacional de Minería la autorización de nombramiento en periodo de prueba del accionante. (Término dos días hábiles).

Una vez recibida la autorización, la Agencia Nacional de Minería deberá realizar el nombramiento y posesión del accionante en uno de los cargos mencionados. (Término ocho días hábiles).

(...)

Aquí no pueden venir las accionadas a argumentar que tal negativa de acceder a una OPEC con lista de elegibles de otra OPEC, contraria la Norma de la Convocatoria, y desvirtuar con tal apreciación el fallo del CONSEJO DE ESTADO, que acabamos de citar pues aun así nos lleva en todo caso a comparar en lo pertinente los textos de las dos convocatorias, la 318 de la ANM de 2014 y la 436 del SENA de 2017 y lo contenido en los respectivos **PARAGRAFOS**, del Articulado de **LA FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES**.

PARAGRAFO de la 318 AMN de 2014.

Las Listas de Elegibles solo se utilizarán para proveer empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto No 1894 de 2012, mientras éste se encuentre vigente.

PARAGRAFO del artículo 56 de la 436 SENA. De 2017.

Las Listas de Elegibles solo se utilizarán para proveer empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, mientras éste se encuentre vigente.

Ver a folio 50

8

De Decreto 1894 de 2012, al Decreto 1083 de 2015, el contenido y alcance normativo es exactamente el mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – AÑO 2014, sentencia de segunda instancia STP15629-2014, 13 de noviembre de 2014, **Radicado No 76612** Aprobado acta No 389 la SALA DE CASACION PENAL, SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No 2. M.P **JOSE LUIS BARCELO CAMACHO**, el accionante **LEONEL ANGEL LADINO LOAIZA**, concurso por el empleo No **34306**, código 407, grado 03 asociado a la prueba No 139 de la Gobernación de Caldas, ocupo el puesto No 2... Mediante oficio 2013EE17649 del 21 de mayo de 2013 la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizo el uso de la lista de elegibles para la provisión de 18 vacantes declaradas desiertas del empleo No **34011**. NOTESE que los empleos OPEC son diferentes, de la lista elegible **34306** se proveyó la Desierta **34011**. Tal cual se pretende en la presente acción. El fallo tanto en primera como en segunda instancia fue favorable al accionante. (ver **sentencia a folios 115 a 131**)

CONSEJO DE ESTADO – AÑO 2013. Sentencia **Radicado No 68001-23-33-000-2012-00368-01** (AC) SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero Ponente: **GERARDO ARENAS MONSALVE**. Fallo de segunda instancia, del 18 de Marzo de 2013. En un caso de un Empleo **29630 con 2 listas de elegibles**, resoluciones **No 0978** del 23 de marzo de 2011(art. 2) y **1081** del 24 de Marzo del mismo año (art. 2), Mediante resolución **3579** del 19 de julio de 2011 se declaró desierto el concurso de méritos donde no se lograron proveer, reclama el accionante un nombramiento en uno de ellos por tener la misma denominación para el cual concurso Aquí se concedió el amparo de derechos de un elegible para un cargo declarado desierto. Fallo a favor del accionante

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 15 de enero de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó la acción de tutela instaurada. En su lugar, **TUTÉLASE** el derecho fundamental al debido proceso, por las razones expuestas en esta providencia.

(...)

Sentencia T-180/15

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal

público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.(...) (subrayas fuera de texto)

(...)III. **CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

(...) 5. **El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos**

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125[19] superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte "*todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado*"[20]. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales[21].

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva[22], haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo[23].

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso[24], lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal[25]. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

- (i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.
- (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.
- (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa[26].
- (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe[27]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “*ley para las partes*” que intervienen en él[28].

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante. (subrayado fuera de texto)

DE OPEC A OPEC Oferta Publica de Empleos de Carrera, Instructor Código 3010.

Al actor le desconocen derechos de carrera consagrados en el artículo 125 superior pues al haber superado con éxito un riguroso concurso de méritos, ya contestaron y no le permiten las accionadas el nombramiento en periodo de prueba en una vacante DESIERTA con el argumento de que una **OPEC** de Instructor Código 3010 no puede ser Provista con lista de elegibles de otra **OPEC** de Instructor Código 3010, quizá por el solo hecho de tener codificación diferente, sin haber realizado ni siquiera a solicitud del actor, los respectivos estudios técnicos de similitud funcional y cumplimiento de requisitos mínimos, desconociendo igualmente precedente de las altas cortes, la constitución, la ley y la misma convocatoria, vulnerando con ello sus derechos fundamentales Invocados.

Aducen las accionadas que con base en la jurisprudencia los cargos o proveer son los estrictamente ofertados y no otros, por lo que el actor no puede pretender que habiendo participado para un **OPEC**, solicite por lista de elegibles otra **OPEC** aun siendo de la misma convocatoria.

Atendiendo este primer postulado “estrictamente ofertados y no otros” concluimos para este caso que los cargos estrictamente ofertados fueron los 3169 de Instructor código 3010 G 1 al 20, y **NO otros**, y de estos 3169 hacen parte los DESIERTOS, y por lo tanto pertenecen a la convocatoria, por lo Reglado en la misma Convocatoria se deben proveer cuantos? **3169** cargos de Instructor que se ofertaron y **NO menos**.

Así mismo la Corte Constitucional¹⁵ ha determinado que la lista de elegibles **obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas** en cada una de las convocatorias.

Entendiendo el literato del segundo postulado, “*obligadas a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas*”, en marco del acuerdo de Convocatoria 436, las accionadas están obligadas a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas, y estas fueron 3169 y no otras, pero tampoco Menos. Así las cosas, en cumplimiento del Acuerdo de Convocatoria, de los cargos vacantes DESIERTOS, reclama el actor proveer para él, uno por lista de elegibles de la misma convocatoria, porque de lo

¹⁵ Sentencia t 829 de 20112. LISTA DE ELEGIBLES-Concepto...” cuyo fin es de establecer un orden para proveer los cargos estrictamente ofertados y no otros, lo que obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias o las que se generen durante su vigencia, siempre y cuando se refieran al mismo cargo para el cual se oferto el concurso.(...) Las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes, requerirán de la realización de un nuevo concurso.(Subrayas fuera de texto)

contrario no serían **3169** los provistos, sino menos, pues descontando los Desiertos que si fueran 90, darían 3070 el número de plazas ofertadas. Entonces la regla debe ser igual para las partes, por un lado aluden no es posible usar la lista de elegibles para proveer cargos NO ofertados, pero por otro lado, tampoco deben los DESIERTOS proveerse por fuera de la convocatoria sino dentro de la misma por lista de elegibles porque acogiendo análoga e igualmente el concepto de la H Corte Constitucional, **Sentencia t 829** ibídem, argumentaríamos;

(...)“se estarían inobservando las reglas y condiciones de la convocatoria, lo que constituiría una transgresión a los derechos de los aspirantes y un desconocimiento de la naturaleza y razón de ser de la lista de Elegibles. En consecuencia la Obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por vía del mérito y los principios que rigen la función pública artículo 209 de la constitución (...)

Y la finalidad de la lista de Elegibles:

La lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. (Subrayado fuera de texto)

Con los derechos fundamentales del actor vulnerados, que trascienden al derecho superior del niño en sus tres hijos menores de edad también vulnerados, reiteramos los argumentos constitucionales y legales planteados a lo largo de esta acción, con las nuevas directrices del Plan Nacional de Desarrollo, **PND**, cuya ley 1955 del 25 de mayo de 2019, por disposición del **inciso 3 del artículo 341 Superior**, reza que, la ley que adopta el PND “*tendrá prelación sobre las demás leyes*; (Fuente, Aspectos constitucionales y procedimentales del Plan Nacional de Desarrollo. DNP 2018, pág. 126), *en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores*. Aquí para el caso en concreto invocamos del **PND el artículo 263; REDUCCION DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO.**

“Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación;(...)

(...)PARÁGRAFO PRIMERO. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARÁGRAFO SEGUNDO. (...)

(...) Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

Bajo esta premisa, la ley del PND ley 1955 de 2019, tiene prelación sobre el yerro y la equivocada interpretación que las accionadas han dado al Decreto 1083 de 2015, decreto 648 de 2017, la ley 909 de 2004 y todas las demás normas con las que las accionadas se argumentan y se niegan a proveer vacantes DESIERTAS con listas de elegibles vigentes de la misa convocatoria para continuar promoviendo el clientelismo, la desigualdad, el favoritismo, la burocracia, vulnerando del **artículo 3 ibídem**, la política pública denominada pactos, en la construcción de una Colombia equitativa. Y sus pactos estructurales, **1. El de legalidad** (...) para una lucha certera contra la corrupción (...) **3. Equidad**. (...) la igualdad de oportunidades para todos, (...) desconociendo los pactos habilitantes y de estrategia transversal entre ellos el **Numeral 15. Pacto por una gestión pública efectiva**.

Con todos estos hechos, argumentos y consideraciones en Derecho y en justa petición presentamos con el mayor respeto al honorable juez Constitucional las siguientes:

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se tutelen los derechos fundamentales del actor al debido proceso, a la igualdad, al principio constitucional del mérito, a la equidad, a la participación en el ejercicio de cargos y funciones públicas, al empleo, al mínimo vital y con ellos el derecho superior del niño, al desarrollo integral desde la primera infancia hasta la adolescencia a sus 3 hijos menores de edad, que dependen económicamente de los ingresos del actor, a la educación con calidad, a la salud, a una vivienda digna, a una alimentación sana con nutrición, al deporte y la recreación, que requieren de una buena estabilidad laboral del actor, un trabajo decente, desprovisto de la politiquería, el favoritismo, el tráfico de influencias, la corrupción, lo que solo en definitiva brinda el régimen de carrera administrativa para la cual el actor concursó y GANO un derecho en la lista de elegibles vigente a ser nombrado en una vacante definitiva.

SEGUNDO.- ORDÉNASE al SENA, para que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, teniendo en cuenta que son aproximadamente 90 vacantes Desiertas o más, realice el estudio pertinente a efectos de determinar si el accionante cumple las exigencias requeridas para los empleos de Instructor Código 3010 G 1 al 20 del área temática DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO como el identificado en la OPEC 63973 y/o las otras 34 vacantes de la misma especialidad en cualquier parte del país, o en logística OPEC 58452, 59957, 59221, o en negocios internacionales, 58300, o cualquiera otra área administrativa en la que se cumplan requisitos mínimos, o en cualquiera de las vacantes ID del área administrativa relacionadas en la página del SIGA (**Ver a folio 132**) Finalizado el término señalado el SENA, deberá remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil el acto administrativo donde se plasme el anterior análisis.

TERCERO: Se Ordene a la CNSC elaborar el estudio técnico para determinar la similitud funcional de la OPEC 59953, con las OPEC, 63973, determine si hay igualdad o similitud en el perfil ocupacional y determine la posición de mérito del actor dentro de su especialidad de área temática de acuerdo al puntaje obtenido en el Total de participantes en Santander y posición frente al total de participantes en el país.

De constatarse que el accionante reúne los requisitos que exige el cargo para alguna de las vacantes Desiertas, y en esta hay la similitud funcional, se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir al SENA, la autorización de nombramiento en periodo de prueba del accionante. (Término dos días hábiles).

Una vez recibida la autorización, el SENA, deberá realizar el nombramiento y posesión del accionante en uno de los cargos mencionados. (Término ocho días hábiles).

CUARTA: Las demás que el Honorable Juez Constitucional considere con base en los hechos relatados y la jurisprudencia.

PRUEBAS

En fotocopia simple.

- ✓ Cedula de ciudadanía del actor.
- ✓ Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, documentos compilatorios.
- ✓ Resolución lista d elegibles OPEC 59953
- ✓ Oficio enviado de respuesta PQR por la CNSC
- ✓ Oficio enviado de respuesta a la señora ALEYDA MURILLO, por parte de la CNSC.
- ✓ Resoluciones Nos 20182120186995 y 20182120182915 del 4 de enero de 2019.
- ✓ "GUIA PARA PROVEER VACANTES POR ENCARGO"
- ✓ Registros Civiles menores de edad.

ANEXOS

Los documentos relacionados en el acápite anterior de las pruebas. Documentales aportadas.

INFRACTORES

Se trata del SENA, Servicio Nacional de Aprendizaje, un establecimiento público de Formación para el trabajo, y CNSC, Comisión Nacional del Servicio Civil, una entidad del orden nacional como órgano autónomo e independiente que según el artículo 130 de la Constitución Política es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial

COMPETENCIA

Corresponde a su Honorable Despacho, Desatar esta Acción, dada la Naturaleza del Asunto, la Designación del Art.1 del Decreto 1382 de 2000, el Domicilio del accionante

PROCEDIMIENTO

Deberá dársele el señalado en el Art. 86 Constitucional, Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 404 de 2001.

JURAMENTO

Bajo la Gravedad del Juramento que se entiende presentado con este escrito manifiesto con las consecuencias Penales que ello implica que lo aquí dicho es cierto, que me ratifico en cada uno de los hechos y estoy en disposición de ampliarlos si fuese necesario y que ningún momento he instaurado ninguna otra Acción de tutela por estos mismos hechos y pretensiones ante autoridad Judicial alguna.

NOTIFICACIONES Y/O COMUNICACIONES

EL ACCIONANTE: Las recibo en la calle 50 No 25 -15 Edificio San Luis de Linares Apto 201 Sotomayor Bucaramanga.

14 14

Autorizo las notificaciones y/o comunicaciones a mi correo electrónico personal wilson527@hotmail.com

Accionados;

Comisión Nacional Del servicio Civil, Carrera 16 No 96 – 64 Piso 7 Bogotá D.C.
Línea Nacional 01 900 331 10 100

Servicio Nacional de Aprendizaje Sena; Calle 58 No 8 – 69 Bogotá D.C.
servicioalciudadano@sena.edu.co

Del señor (a) Juez Constitucional

ATT:



Wilson Bastos Delgado
C.C. 91.238.400