



**JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON
FUNCION DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA**

Cartagena de Indias D.T y C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2.020).

FALLO DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RAD. 130013118001 **2020 00042 00**

Accionante: *ELKIN DAVID ALMANZA RAMIREZ*

Accionados: *SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA y
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC*

Se resuelve, en primera instancia la acción de tutela Instaurada por **ELKIN DAVID ALMANZA RAMIREZ** – nombre propio -, contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC-**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo y mérito al cargo público.

ANTECEDENTES

Expuso el actor que, el 22 de octubre de 2017 se inscribió en la OPEC 58656- para el cargo de instructor grado 01 de la convocatoria 436 de ese mismo año, adelantada por la CNSC para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del SENA; que cumplió con las exigencias de la prueba de mérito y que actualmente, luego de haber nombrado a 3 concursantes de la lista de elegibles de dicha OPEC, quedo en la primera posición de elegibles para nombramiento.

Que ambas entidades han establecido lista de elegibles para proveer las vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017 pero solo teniendo en cuenta los registros de elegibles de las OPEC **59411, 60545, 60063, 59091, 60075, 60915, 60913**, ofertadas en la convocatoria 436 de 2017 dejando por fuera la OPEC en la cual participó.

Que todas las OPEC, en las que autorizaron las listas de elegibles tienen los mismos ejes temáticos con la que él se presentó, y que en las vacantes ofertadas en esas OPEC nombraron a los ganadores de las plazas disponibles, con la autorización de uso de lista elegibles de acuerdo al Criterio Unificado del 16 de enero de 2020.

Que pese a que actualmente existe la conformación de una lista general para algunos niveles ofertados en la convocatoria 436 de 2017 y hacer uso de todas las listas de elegible como resultado de esa convocatoria como se plasmó en la Comunicación No. 20201020532491 del 15 de julio de 2020, recibida el 21 de julio de 2020 aún sigue esperando que se de utilidad a ello ya que no lo han notificado nada sobre su OPEC y no ha podido ser nombrado.

Solicitó que, una vez sean amparado sus derechos fundamentales, se le ordene a las entidades encartadas realizar un estudio técnico y/o comparativo de fondo de las funciones de la OPEC 58656 Instructor Grado 01 en la cual ocupo una posición de elegibilidad, con las vacantes que hayan sido publicadas y están desiertas y las no publicadas pero que pueden llegar hacer uso de la lista del Instructor Grado 01 a nivel nacional (o similares). Para que posteriormente se conforme una lista de elegible general de esta misma convocatoria y poder aspirar a un nombramiento.

ACTUACION PROCESAL

Recibida la demanda de tutela, el 12 del mes que transcurre, se admitió al considerarse que había sido presentada con el lleno de los requisitos legales, se negó la medida provisional deprecada y se les solicitó a las entidades demandadas que rindieran informe de todo lo relacionado con los hechos expuestos en esta acción constitucional y las pruebas que tenían en su poder y quisieran hacer valer, de igual modo se ordenó la vinculación a este trámite de todos los terceros con interés legítimo que pudieran verse afectados con la decisión que resuelva esta acción de tutela; para tal fin, se ordenó a CNSC y al SENA, que publicara en su página web copia del traslado y todas las decisiones que se desprendan de esta actuación, para que los aspirantes admitidos en la convocatoria No. 436 de 2017 se enteren de la misma.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

- **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC** rindió el informe requerido, solicitando que se declare improcedente esta acción de tutela, como quiera que la misma carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante no es excepcional, precisando en ultimas que la censura que hace puede ser ventilada mediante otro mecanismo de defensa idóneo para controvertir los actos administrativos de carácter particular, y que, atendiendo que, en esta oportunidad, el accionante no demostró la existencia o posible consumación de un perjuicio irremediable, se reitera la improcedencia de este mecanismo.

Informó que el señor **ALMANZA RAMÍREZ** ocupó la posición cuatro (4), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20192120048735 DEL 02-05-2019, para proveer tres (3), en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo que se encuentra sujeto, no solo a la vigencia, si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

De modo, que en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse vacante que pueda ser provista, de conformidad con lo reportado con la entidad.

Anexo: Resolución No. 4411 de 10 de marzo de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC, Acuerdo 2017100000116 del 24 de julio de 2017, el cual puede ser plenamente consultado en el siguiente link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>, Solicitud autorización uso de listas 1, Respuesta solicitud autorización uso de listas 1, Solicitud autorización uso de listas 2, Respuesta solicitud autorización uso de listas 2, Resolución No. CNSC - 20192120048735 de 2 de mayo de 2019, Auto 0317 de 5 de mayo de 2020, Auto 0353 de 15 de mayo de 2020, Auto 0367 de 28 de mayo de 2020, Auto 0370 de 29 de mayo de 2020, Auto 0492 de 29 de julio de 2020, Resolución No. 8302 de 30 de julio de 2020.

- **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, indicó que ciertamente el actor se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017, en la **OPEC No 58656**, denominado Instructor Grado 01. Que una vez se terminaron las etapas, se conformó la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes identificadas con el código **OPEC No. 58656**, por medio de la **Resolución No. CNSC - 20192120048735 del 2 de mayo de 2019**, en la cual hacen parte cinco (5) ciudadanos, quedando el accionante en el puesto cuarto, por lo que dichas vacantes fueron suplidas con el nombramiento en periodo de prueba de los elegibles que ocuparon las tres (3) primeras posiciones de la lista, aclarando que dicha lista tiene una vigencia de dos (2) años, la cual será utilizada en los diversos eventos que contempla la Ley.

Aclaró que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados. Indicando que con relación al listado de las vacantes enunciadas por el accionante (de las cuales considera que puede ser nombrado), es necesario aclarar que ninguno de esos cargos corresponde a la misma ubicación geográfica de la vacante en la cual participó el accionante con el código OPEC 58656, motivo por el cual, no se cumplen con las condiciones de ubicación geográfica exigidas por la CNSC en el criterio unificado del 16 de enero de 2020.

Que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que fueron aportados como prueba con el escrito de tutela, por lo cual el accionante debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa. Sumado a que no se evidencia un perjuicio irremediable.

Anexo: Criterio unificado de fecha 16 de enero de 2019, expedido por la CNSC, relacionado con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, Documento compilatorio de la convocatoria pública 436 de 2017, Fallo a favor de la entidad proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 4 de octubre de 2019, dentro de la acción de tutela promovida por la ciudadana Karina Paola Díaz Ramos, en contra del SENA y la CNSC, por un hecho análogo, al presente asunto, Circular 001 de 21 de febrero de 2020 expedida por la CNSC, Solicitud Autorización Uso de listas de elegibles Rad. 20203200636812 del 11 de junio de 2020, Respuesta Autorización uso de listas de elegibles empleos compuestos CNSC, Respuesta a consulta sobre uso de listas de elegibles en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 de fecha del 29 de febrero de 2020, Resolución No. CNSC - 20192120048735 del 2 de mayo de 2019 CNSC - OPEC 58656.

CONSIDERESE PARA RESOLVER

Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, en primera instancia, de acuerdo con lo establecido en el Art. 86 de la carta constitucional, los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y

Problema Jurídico.

¿Vulneran la CNSC y el SENA, los derechos fundamentales invocados por el actor, al presuntamente no haber realizado las gestiones de utilidad de la lista de elegible de la OPEC 58656 en la que concursó el actor, dentro del marco del proceso de selección de la convocatoria 437 de 2017, o en su lugar la no inclusión de dicha OPEC en el registro único de elegible unificado?

Tesis del Despacho.

En la presente solicitud de tutela no se vislumbran los requisitos que hacen viable el estudio de las actuaciones llevadas a cabo en el desarrollo de los concursos de méritos, como quiera que el accionante no aportó prueba siquiera sumaria, que demostrara la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable que, en todo caso, habilitaría a esta falladora para entrar a debatir cuestiones propias de la competencia de lo contencioso administrativo, jurisdicción donde existen medidas previas o cautelares que podrían asegurar la eficacia y celeridad de lo que se pretende por esta vía. De modo que, se declarara improcedente el presente amparo constitucional

Marco Legal y Jurisprudencial.

La tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano. La Constitución Nacional en su artículo 86 dispuso que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa.

Sea lo primero señalar que ha sido prolija la Jurisprudencia Constitucional en manifestar que las particularidades más representativas de la acción de tutela en su carácter residual y subsidiario. Por tanto, esta herramienta constitucional no tiene procedencia como mecanismo alternativo de defensa judicial y no puede transformarse en un elemento supletorio al cual se puede recurrir cuando no se ejercieron los medios de defensa ordinarios en forma oportuna o cuando fueron utilizados extemporáneamente, para lograr una decisión más celera sin agotar en

forma previa las instancias ordinarias en la Jurisdicción que corresponda. Sobre el particular, la Corte Constitucional manifestó:

“(...) La naturaleza del conflicto determina el procedimiento judicial y por tanto la acción a impetrarse. Limitaciones de la Acción de Tutela. El otro medio de defensa judicial consagrado por el legislador no puede ser suplantado por la tutela salvo en casos excepcionales.

Los diferentes ordenamientos jurídicos-civil, penal, laboral, administrativo, y constitucional, entre otros- tienen sus reglas o procedimientos establecidos en la ley, los cuales no sólo deben ser acatados por la autoridad investida de la facultad de administrar justicia, sino por las partes en conflicto. Estas normas buscan promover la armonía y el respeto entre los miembros de la comunidad y procuran, en los términos de ley, dar una solución a las pretensiones sometidas a consideración de la autoridad respectiva.

Por ello cuando una persona natural o jurídica acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico, y pretender, a través del ejercicio de otra acción, una pronta resolución del conflicto planteado . (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, ese Máximo Tribunal Constitucional señaló que: “En efecto, la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomará el lugar de las otras jurisdicciones (...)”. (Subrayado fuera del texto).

Entonces, tal y como lo ha sostenido esa Judicatura, la acción de tutela fue concebida como un mecanismo residual pues ella solo tiene cabida en la medida en que el presunto perjudicado no cuente con otro mecanismo de defensa, entendiendo por tal, la existencia de un proceso, recursos, excepciones o cualquier vía legalmente instituida que le permita la protección del derecho que en su concepto se le conculca, a menos que debido a razones extraordinarias el Juez de Tutela observe que los otros medios judiciales no se tornan como eficaces para la salvaguarda de los derechos fundamentales solicitados.

En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela para dirimir asuntos referentes a los concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha explicado:

*“Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, **dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.***

(...)

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional”¹.

Caso Concreto.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se advierte que el demandante, cumplió con las etapas del proceso de selección, para proveer tres (3) vacantes identificadas con el código OPEC No. 58656 denominado Instructor Grado 01, ofertado en la convocatoria 436 de 2017 para suplir de forma definitiva la planta de personal del SENA -, a su vez se tiene, que la CNS el 02-05-2019 emitió la Resolución No. 20192120048735 con la finalidad de proveer las vacantes que fueron objeto de postulación en la OPEC en la que concursó el actor. De dicha lista de elegible el señor ELKIN DAVID ALMANZA RAMÍREZ, ocupó el cuarto lugar, nombrándose y posesionándose los tres (3) primeros de la lista de elegibles.-

Por otra arista, se tiene que la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, el Criterio Unificado de Uso de Listas (anexo aportado por la CNSC) y con lo dispuesto Circular Externa 001 de 2020, *“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedara así: ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: (...) 4 con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.”*

Conforme a ello, el actor centra su inconformismo en el entendido que dentro de la Convocatoria 436 de 2017 se aplicó el registro único de elegible solamente teniendo en cuenta los registros de elegible de las OPEC **59411, 60545, 60063, 59091, 60075, 60915, 60913**, dejando por fuera la OPEC en la que participó la cual tiene identidad de eje temático con las mencionadas.

En este sentido, pretende el accionante que sea el juez constitucional quien decida sobre la legalidad de dichos nombramientos que se han efectuados en esas OPEC realizados conforme el criterio unificado de lista de elegible, como también se ordene realizar un estudio técnico y/o comparativo de fondo de las funciones de la OPEC 58656 Instructor Grado 01 en la cual ocupó una posición de elegibilidad, con las vacantes que hayan sido publicadas y están desiertas y las no publicadas pero que pueden llegar hacer uso de la lista del Instructor Grado 01 a nivel nacional (o similares) para poder aspirar a un nombramiento.

¹ Corte constitucional T-441 de 2017

Ante tal petitorio y conforme a las pruebas allegadas se vislumbra en el caso del actor que ocupó la posición cuatro (4), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20192120048735 DEL 02-05-2019, de la cual en la actualidad dichas vacantes ya fueron proveídas con los tres primeros puntajes, es decir, no alcanzó el puntaje requerido para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas, y que pese a su queja hoy en día él está sujeto no solo a la vigencia de la lista de su OPEC, sino de cualquier situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Bajo ese estado de cosas, no puede insistir el actor que por medio de un acción de tutela se eche de menos su situación actual, la cual no es otra que seguir esperando dentro de la vigencia de su lista de elegible que es de dos años, cualquier hecho sobreviniente para poder él, quien en su momento fue cuarto en la posición, hoy en día, primero, logre la materialización de ser INSTRUCTOR GRADO 01.

Ahora en lo que respecta al criterio unificado y a la ley 1960 de 2019, las encartadas informaron que, la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados. Indicando que con relación al listado de las vacantes enunciadas por el accionante (de las cuales considera que puede ser nombrado), es necesario aclarar que ninguno de esos cargos corresponde a la misma ubicación geográfica de la vacante en la cual participó el accionante con el código OPEC 58656, motivo por el cual, no se cumplen con las condiciones de ubicación geográfica exigidas por la CNSC en el criterio unificado del 16 de enero de 2020.

Se aclara que, si bien tanto el SENA como la CNS dieron cumplimiento con la creación del criterio unificado del 16 de enero de 2020 conformándolo con OPEC que acorde a la norma cumplían las exigencias para ello, supondría un hecho superado en cuanto a las pretensiones del actor, ya que quedo claro que su OPEC no cumple con las condiciones dada para la unificación de lista de elegible, ante tal circunstancia, resulta notorio que la presente actuación constitucional resulta improcedente, toda vez que los hechos descritos en el libelo tutelar representan en sí, es un inconformismo ante el criterio unificado antes señalado. De modo, que atendiendo a la subsidiariedad que se predica de la acción de tutela, esta deben ser ventilados, en todo caso, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime, si no se demostró por parte del actor la ocurrencia de un perjuicio irremediable que habilite a esta falladora para entrar a resolver con premura cuestiones propias del Juez competente para conocer la situación.

En ese sentir, salvo mejor proveer la discusión planteada en esta oportunidad escapa del escenario constitucional, pues ciertamente lo que se reclama, se reitera, puede perfectamente ser debatido ante el juez contencioso administrativo, entendiendo

que el accionante cuenta con las acciones propias de esa jurisdicción. Y tal y como se dijo en líneas anteriores su OPEC cuanta con lista de elegible por 2 años siendo el actor el próximo para ser nombrado si se llegase a dar alguna situación administrativa y fáctica que lo origine.

La jurisprudencia constitucional ha advertido, en casos como el que hoy nos convoca que, la acción de tutela por regla general es improcedente, a menos que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, o que existiendo otros medios de defensa judicial, los mismos se tornen ineficaces, lo que para el particular no se encuentra debidamente acreditado, pues cierto es que, mediante los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, acompañados con la solicitud de suspensión provisional, se puede lograr que se suspendan los referidos nombramientos en provisionalidad y se decida sobre lo que corresponda al caso concreto, luego entonces, no debe ser la acción de tutela el instrumento primario para obtener tal pretensión.

En este orden de ideas, se considera que el accionante debe acudir a las acciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para debatir los actos con los que se encuentra inconforme con ocasión al concurso de méritos o convocatoria 436 de 2017 que ha sido emitidos en relación a su OPEC de elección, tales como la Resolución No. 20192120048735 DEL 02-05-2019 por medio de la cual se emite lista de elegible de la OPEC 58656 y del criterio unificado del 16 de enero de 2020 emitido por la CNS, pues tal y como se explicó, en esta ocasión no se acreditaron los supuestos excepcionales que tornan procedente este mecanismo preferente y sumario.

Entonces, se declarará improcedente el amparo solicitado, al advertirse que en efecto, el actor no sólo cuenta con los medios de control de la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir los asuntos planteados en sede constitucional, sino que además tales medios de defensa para el caso se tornan eficaces.

En mérito de lo expuesto, este **JUZGADO PENAL DE CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CARTAGENA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela Instaurada por **ELKIN DAVID ALMANZA RAMIREZ** quien actuó en nombre propio, contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC--**

SEGUNDO: ORDENAR a las entidades accionadas que, procedan a publicar en su página web la presente decisión, para que queden notificados de la misma, en los mismos términos como se ordenó con el auto admisorio, (todos los inscritos en "**Convocatoria**

No. 436 de 2017” que tuvo como finalidad proveer los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de Carrera Administrativa del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, específicamente la OPEC 58656, donde participio el actor y en las que presenta su queja en esta acción de tutela las OPEC 59411, 60545, 60063, 59091, 60075, 60915, 60913.)

TERCERO: NOTIFICAR la decisión a las partes, por el medio más expedito y eficaz, haciéndoles saber que el mismo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación.

CUARTO: ENVÍAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARUJA ESTHER JOTTY MARTINEZ
JUEZA

YEB