

REPÚBLICA DE COLOMBIA**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	ANA CAROLINA CARDONA FLOREZ
ACCIONADO	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, REGIONAL ANTIOQUIA- CENTRO DE SERVICIOS Y GESTIÓN EMPRESARIAL y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC
RADICADO	0360 3105 002 2020 00139 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	Sentencia No. 36 de 2020
TEMAS Y SUBTEMAS	Debido proceso e igualdad- Concurso de méritos obligatoriedad en la observancia de las reglas establecidas en la convocatoria.
DECISIÓN	Revoca y concede

Medellín, quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a resolver la impugnación formulada por la parte accionante contra la sentencia proferida el 15 de septiembre del año en curso, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, dentro de la acción de tutela promovida por **Ana Carolina Cardona Flórez** contra **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, REGIONAL ANTIOQUIA- CENTRO DE SERVICIOS Y GESTIÓN EMPRESARIAL y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, radicado número 05360 3105 **002 2020 00122** 01,

Antecedentes

Invoca la accionante la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, principio constitucional del mérito, acceso a cargos públicos, al trabajo, igualdad, buena fe y confianza legítima, y en consecuencia, solicita *“ordenar a la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión empresarial o a quien corresponda, que en un término de cuarenta y ocho horas (48) proceda a verificar nuevamente el cumplimiento de requisitos para el empleo identificado con OPEC No. 59012, denominado INSTRUCTOR Grado 01, ubicado en el Centro de Servicios y Gestión Empresarial de la Regional Antioquia de la planta global del SENA, efectuándose su nombramiento y posesión en el referido cargo. Igualmente, ordenar al SENA, que una vez cumplido el fallo de tutela envíe al Juzgado, los documentos que acrediten su cumplimiento”*.

Fundamenta sus pretensiones en que suscribió con el Complejo Tecnológico para la Gestión Empresarial del SENA, Regional Antioquia, los contratos de prestación de servicios No 0103 del 01 de junio de 2007 y 0112 del 28 de febrero de 2008 de duración de 1.000 y 650 horas respectivamente, contratos cuyo objeto fue la prestación de servicios como instructora de procesos recreativos y turísticos en la Red de Conocimiento, Hotelería y Turismo, Área Temática-Turismo.

Agrega que desde el 10 de noviembre de 2008 se vinculó mediante nombramiento provisional en calidad de Instructora Tiempo Completo Grado 12 en la Red de conocimiento de HOTELERIA Y TURISMO, Área Temática: TURISMO al CENTRO TEXTIL Y DE GESTIÓN INDUSTRIAL, REGIONAL ANTIOQUIA DEL SENA. Tal como consta en la Certificación expedida por la entidad con fecha del 15 de septiembre de 2017; que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC-, a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, adelantó el proceso de selección para la provisión por mérito de 3.687 empleos de carrera administrativa, con 4.973 vacantes definitivas en el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, para lo cual

expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos No. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018, ofreciendo entre otros el empleo denominando: Instructor, Grado 01 OPEC 59012 ubicado en el Centro de Servicios y Gestión Empresarial de la Regional Antioquia de la planta global del SENA.

En razón a lo anterior, relata que se inscribió a la referida convocatoria, postulándose para aquel cargo y aportando en debida forma al Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del empleo, por lo cual, conforme lo dispuesto en el Acuerdo No. CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017 en concordancia con sus respectivas aclaraciones, adelantó y superó todas las etapas del Proceso de Selección.

Relata que mediante la Resolución No CNSC – 20192120005235 del 30 de enero de 2019 la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No 59012, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. Añade que en la lista en mención le correspondió la posición número dos (2), por lo que en la vacante ofertada se nombró en periodo de prueba a la persona que ocupó en estricto orden de mérito el primer lugar.

Indica que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC promulgó el Criterio Unificado sobre el uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, y la Circular externa No 0001 de 21 de febrero de la presente anualidad, orientando a las entidades del Sistema

General de Carrera Administrativa, de los Sistemas Específicos y Especiales de Creación Legal que cuentan con listas de elegibles vigentes, entre las cuales se encuentra el SENA a razón de la convocatoria 436 de 2017, a reportar y tramitar ante este organismo la autorización para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, con las listas de elegibles en firme y vigentes.

Aduce que, en razón a lo anterior, en cumplimiento de lo orientado por la CNSC, el SENA mediante el oficio No 20203200691712 del 03 de julio del cursante año, solicitó autorización para proveer de manera definitiva 129 vacantes, entre las cuales se encontraba la identificada con número de OPEC No. 59012, por la que ella optó; que a través del oficio No 20201020532491, la CNSC permitió al SENA la provisión de manera definitiva, mediante el uso de lista de elegibles de 113 vacantes, indicando en la página No 17 del exhorto, que es posible hacer uso de la conformada mediante la Resolución No CNSC – 20192120005235 del 30 de enero de 2019, de la cual hace parte, informando además la Comisión que igualmente es factible realizar su nombramiento en el empleo No 59012 denominado Instructor, Código 3010, Grado 01.

Que el 31 de julio de la presente anualidad, la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión Empresarial Regional Antioquia, Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, profirió la Resolución No 05-03814 de 2020, absteniéndose de efectuar su nombramiento al considerar que no cumplía con los requisitos exigidos para desempeñar el empleo Instructor Código 3010, Grado 01, OPEC No 59012, en su criterio, debido a que no acreditó la experiencia profesional requerida, frente a lo cual, el 13 de agosto del año que transcurre interpuso el respectivo recurso, el cual fue negado,

confirmando la decisión inicial mediante la Resolución No 05-04236 de 2020 de 25 de agosto de 2020 la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión Empresarial, sin analizar ni referirse a los argumentos planteados en el recurso.

Finalmente, solicitó como medida provisional ordenar a la accionada, que, si no hubiere realizado aun algún acto administrativo de disposición del empleo INSTRUCTOR Grado 01, OPEC No. 59012 ubicado en el Centro de Servicios y Gestión Empresarial de la Regional Antioquia, objeto de la presente acción, se abstuviera temporalmente de hacerlo hasta tanto se resolviera la presente acción.

Trámite adelantado

Mediante proveído del 7 de septiembre de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí admitió la acción, negando la medida provisional solicitada al considerar que no se cumplían los presupuestos del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

Posición del SENA.

A través de la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión Empresarial Regional Antioquia, frente a los hechos de la acción indicó que en cumplimiento de los deberes legales que devienen del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, se profirió acto administrativo motivado en el no cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad, para el desarrollo del proceso de formación profesional, absteniéndose de nombrar en el cargo instructor G01 identificado con código 59012 ubicado en la Centro de Servicios y Gestión Empresarial de la Regional Antioquia, por el no cumplimiento de la experiencia laboral de la

accionante, toda vez que de la documentación aportada se encontró que no acreditó la misma en el área de turismo por 18 meses, necesarios para ocupar dicho cargo, pues la OPEC No. 59012 publicada en el aplicativo SIMO, expresamente exige experiencia de 30 meses, así: 18 experiencia relacionada con turismo y 12 meses de experiencia docente, y de los documentos revisados se aprecia que las certificaciones aportadas para demostrar la experiencia de 18 meses refleja labores realizadas antes de la graduación, esto es, 25/08/2006.

Agrega que el SENA remitió de manera clara y expresa la OPEC, y que, por disposición de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se contrató a la Universidad de Pamplona para evaluar la experiencia relacionada de los aspirantes, luego esta entidad no tuvo la oportunidad de conocer con antelación la valoración que de la experiencia relacionada hizo la mandataria de la Comisión, razón por la que no le es oponible al Sena el resultado de aquellas valoraciones, máxime si como en el caso que se revisa, es ostensible la falta de tiempo exigido para acceder el cargo.

Añade que la experiencia relacionada se define como aquella adquirida a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de la respectiva formación profesional, diferente a la Técnica Profesional y Tecnológica, en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del empleo a proveer.

Asevera que al producir el acto que cuestiona la accionante, esto es la resolución de abstención, se tuvo en cuenta el cumplimiento de ese requisito, y al no encontrarlo probado, se tomó la decisión de abstenerse de nombrar a la concursante, en la medida que no es absoluta la adquisición de los derechos de carrera en ese escenario, pues si, a la Universidad mandataria y a la Comisión mandante, se les pasó por alto el

análisis de la experiencia profesional relacionada, no puede la entidad nombrar al concursante que adolece de una parte de la experiencia, luego, no puede afirmarse que en el caso hay vulneración de derechos, toda vez que la accionante no cumple con los requisitos señalados para el respectivo cargo, pues si bien es cierto la lista de elegibles es de carácter particular, no es menos cierto que no pueden desconocerse los principios mismos de la función pública para vincular al SENA con un nombramiento que resultaría ilegal por la ausencia de requisitos.

Posición de la Comisión Nacional del Servicio Civil

A través de su asesor jurídico señala frente a la acción que la accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado **Instructor**, Grado **1**, identificado con código **OPEC No. 59012** ocupando la **posición No. 2** en la Lista de Elegibles, adoptada mediante **Resolución No. 20192120005235 DEL 30-01-2019**, para proveer **una (1) vacante** del empleo referido; que dicha lista fue publicada el 06 de febrero del 2019, cobrando firmeza el 14 de febrero del mismo año, por lo que su vigencia es hasta el 13 de febrero del 2021.

Añade que el Servicio Nacional de Aprendizaje, solicitó el uso de la lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 59012 mediante el radicado Nro. 20203200691712 del 3 de julio de 2020; ante lo cual la Comisión Nacional, procedió a autorizar mediante radicado Nro. 20201020532491 del 15 del mismo mes y año el uso de la precitada Lista de Elegibles, para que el SENA pudiese proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC Nro. 59012, así:

- Para la provisión de una (1) vacante del empleo Nro. 59012 denominado Instructor, Código 3010, Grado 01, es posible hacer uso de la lista de elegibles, con la elegible que se relaciona a continuación:

POSICIÓN EN LA LISTA	RESOLUCIÓN	ENTIDAD	EMPLEO	PUNTAJE	CÉDULA	NOMBRE	FIRMEZA
2 ⁴⁵	20192120005235 del 30 de enero de 2019	SENA	59012	86,04	32296244	ANA CAROLINA CARDONA FLÓREZ	14 de febrero de 2019

Relata que dicha autorización fue enviada al Servicio Nacional de Aprendizaje, el 21 de julio del año en curso, con el fin de que dicha entidad procediera conforme sus competencias, a nombrar a la accionante, por lo cual, es responsabilidad de la tal entidad finalizar el proceso de nombramiento en período de prueba, posesión y evaluación de dicho período, bajo las mismas condiciones contenidas en la Oferta Pública de Empleos de Carrera del respectivo concurso de méritos, así como decidir las actuaciones propias de la gestión del talento humano vinculado a la entidad.

Finalmente expone que la CNSC no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, como lo dispone el Artículo 2.2.5.1.1. del Decreto 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017, motivo por el cual, de parte de la Comisión Nacional, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019 y demás normas que regulan la materia, por lo que solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional en su contra, al no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales.

Decisión de primera instancia.

En sentencia N°. 065, del 15 de septiembre del año en curso, el Juzgado de conocimiento, negó el amparo solicitado al considerar que, conforme al material probatorio, la decisión adoptada por la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión Empresarial del SENA Regional Antioquia, mediante

Resolución No 05-03814 de 2020 y confirmada por Resolución No 05-04236 de 2020 de 25 de agosto del mismo año, fueron ambas motivadas, señalando las razones legales para abstenerse del nombramiento al no acreditar las condiciones necesarias para proceder con éste, como era la experiencia relacionada para el cargo al que aspiraba, en los términos señalados desde el inicio de la convocatoria. Por lo que dichas resoluciones no contrarían las disposiciones legales, debiendo acudir ante el Juez Contencioso Administrativo a través de las acciones pertinentes, pues no apreciaba la ocurrencia de una amenaza o perjuicio irremediable que permitiera desplazar el juez natural con la acción constitucional subsidiaria.

De la impugnación

Inconforme con la anterior decisión, la tutelante argumenta que la jueza de primer grado interpretó de manera errada la procedencia de la acción constitucional frente al requisito de subsidiariedad, pues ignoró los argumentos que se le pusieron de presente en el escrito introductor frente al caso especialísimo al haberse superado el concurso de méritos, actuando de manera apresurada, pues la existencia de la jurisdicción contenciosa administrativa y sus medios de control por si solos no significan la improcedencia de la tutela, ya que como lo ha preceptuado la Corte Constitucional no le es dable al juez constitucional realizar un juicio automático y absoluto del requisito de subsidiariedad.

Agrega que la sentenciadora de primera instancia consideró no haberse demostrado un perjuicio irremediable, ignorando lo informado en la tutela respecto a que, al haberse nombrado a la primera persona de la lista, ella pasó a ocupar el primer puesto, y estando autorizado por la CNSC su nombramiento en el cargo, no tiene una simple expectativa sino un derecho

adquirido que se vulneró negando de manera injustificada el nombramiento, causándose claramente un perjuicio irremediable.

Señala que además la juez violó el precedente jurisprudencial vertical de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela en concurso de méritos; y no examinó el asunto de cara al material probatorio aportado, pronunciándose únicamente frente a que no avizoraba violación al debido proceso, al considerar que las decisiones administrativas estuvieron bien motivadas, sin discurrir respecto a los demás derechos invocados, ni hacer mención a las pruebas allegadas.

Añade que la Jueza sin ningún miramiento apropió para sí el argumento según el cual no cumple con el requisito de experiencia, sin examinar lo expuesto frente a la violación del principio de igualdad, pues en casos similares, la entidad accionada cuando algunos aspirantes no cumplían con tal requisito, su decisión fue diferente, como se soportó con las pruebas 12 y 13, máxime que en su caso la Comisión Regional de Personal del SENA manifestó que sí cumplía con los requisitos, así mismo, informa que posterior a la radicación de la acción de tutela, elevó nueva solicitud a dicha comisión solicitando se verificara su cumplimiento, frente a lo cual se le comunicó que sí los satisface y que además se le ofició a la Subdirectora del Centro de Servicios recomendándole su verificación atendiendo a que ciertamente están acreditados, por lo cual, solicita tener en cuenta tales pruebas para resolver la controversia.

Para efectos de decisión, basten las siguientes,

Consideraciones:

Atendiendo a la inconformidad de la impugnante, habrá de determinarse si las accionadas vulneran o no sus derechos fundamentales.

Es de indicar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Fundamental, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, entre ellas en las sentencias T- 742 de 2011, T 451 de 2010, T-352 de 2011 y T-018 de 2011, solo puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: **i)** no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, **ii)** cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o, **iii)** cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*.

El órgano de cierre constitucional, con relación a la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa, ha expuesto, que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos se debe acudir, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política (sentencia C-1225 de 2004, SU- 1070 de 2003 y SU – 544 de 2001 entre otras); también ha precisado que cuando de concursos de méritos se trata, por ser inminente la vulneración de derechos fundamentales, las acciones ordinarias resultan inoperantes, por lo que de demostrarse el efectivo desconocimiento de derechos cuya protección se invoca, es viable activar este mecanismo de protección.

Advierte igualmente la Corporación que, dentro de los concursos públicos de méritos, **las reglas de la convocatoria son de obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para los participantes, ello para evitar arbitrariedades, actuaciones subjetivas, o que se cometan actos discriminatorios y en general se cumplan los procedimientos fijados para satisfacer los objetivos del concurso** (sentencia SU 617 de 2013). En esa medida, los medios de selección deben seguir un orden y un procedimiento de conformidad con las disposiciones que se establecen en las respectivas convocatorias. Todo ello con el fin de preservar los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones de la Administración; de conferir vigencia al principio de buena fe y la confianza legítima; y de garantizar el principio de la igualdad y el acceso a los cargos públicos de las personas que participen y superen las respectivas pruebas.

Sobre el particular, ha sostenido la Corte Constitucional que *“la entidad estatal que convoca a un concurso abierto con la finalidad de escoger personal para suplir cargos de su planta, **debe respetar las reglas que ella misma ha diseñado y a las cuales deben someterse los participantes**”* (T-843 de 2009). Por manera que cualquier desconocimiento a las reglas preestablecidas en las respectivas convocatorias, constituye una violación, tanto de los principios antes señalados como al derecho fundamental al debido proceso.

En el sub examine, la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales por parte de la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión Empresarial Regional Antioquia, Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, pues a través de la Resolución No 05-03814 de 2020, se abstiene de efectuar su nombramiento por considerar que no cumple con los requisitos exigidos para desempeñar el empleo Instructor Código 3010, Grado 01, OPEC No 59012, en su criterio, debido a que no acredita la experiencia

profesional requerida, pese a que aprobó la Convocatoria para dicho cargo en su totalidad, encontrándose en la lista de elegibles en el primer lugar, evidenciándose que el la Subdirectora del Centro de Servicios y Gestión Empresarial Regional Antioquia, Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, niega su nombramiento de manera injustificada al olvidar que la experiencia exigida expresamente como requisito por la OPEC 59012 que aspira, es la experiencia relacionada, no la experiencia profesional, ni la experiencia profesional relacionada.

Ahora, como aspecto preliminar debe analizarse la procedibilidad de la acción de tutela en este caso, pues tratándose de un instrumento residual y subsidiario, **su procedencia está supeditada a que el interesado no disponga de otro medio de defensa judicial, o a que existiendo aquel no resulte idóneo y eficaz para la protección de las garantías superiores transgredidas, o que a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa dentro del ordenamiento jurídico, la tutela se hace necesaria para evitar la consumación de un perjuicio de carácter irremediable.**

Así en los procesos de entidades públicas que se realizan mediante concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que de manera excepcional **procede la acción de amparo si se constata la violación de derechos fundamentales**, toda vez que en tal evento si los medios ordinarios de defensa previstos en la ley tienen la capacidad de ofrecer una solución integral frente al menoscabo de tales garantías pero la respuesta de la Administración de Justicia no será pronta, la tutela procede como mecanismo transitorio hasta que sea resuelto el instrumento del derecho común; en cambio, si los mecanismos existentes en el ordenamiento positivo no están en posibilidad cierta de remediar en forma total la vulneración, la protección constitucional debe concederse de

manera definitiva. En ese sentido, en un pronunciamiento de reiteración jurisprudencial, la Corporación sostuvo:

*“Acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que **las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.** (T-388/98 M.P. Fabio Morón. Resaltado fuera de texto)”. (CC, T-947-2012, 16 Nov. 2012, Rad. T-3.555.847). Negrillas intencionales.*

Teniendo en cuenta lo anterior, la controversia sometida a la consideración de esta Sala involucra los derechos de una integrante de la lista de elegibles¹ que ocupa en la actualidad el primer lugar, para la provisión del cargo con el código OPEC No 59012, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, .

Con la finalidad de controvertir lo expuesto en el libelo introductor, la Subdirectora Centro de Servicios y Gestión Empresarial del SENA adujo que la negación del nombramiento obedeció a que la aspirante no cumplió con la experiencia laboral, al no acreditar **la experiencia profesional** en el

¹ Resolución No CNSC – 20192120005235 del 30 de enero de 2019 mediante la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No 59012, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA

área de turismo, de 18 meses, necesarios para ocupar el cargo, pues la OPEC No. 59012 publicada en el aplicativo SIMO, expresamente exige experiencia de 30 meses, así: *18 experiencia relacionada con turismo y 12 meses de experiencia docente*, y las certificaciones aportadas para demostrarla reflejan labores realizadas antes de la graduación, esto es, 25/08/2006, sin que le sea oponible las valoraciones de experiencia realizadas por la Comisión a la entidad que representa.

Bajo esta perspectiva, la acción de tutela se advierte como la vía que resulta más eficaz para el reclamo de las prerrogativas superiores y para su eventual protección, en caso de reunirse los presupuestos fácticos y jurídicos para ello.

Así, en el caso concreto se tiene que acreditado que, a través del Acuerdo CNSC 20171000000116 del 24-07-2017 se convocó a concurso público de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la Planta de Personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, norma que contiene las reglas que rigen el proceso de selección, los requisitos generales, las etapas y demás exigencias específicas para cada cargo ofertado; y que la hoy accionante participó y superó todas las etapas del concurso reglado por el acuerdo referido.

Acorde con el acuerdo precitado, los empleos que la entidad incluyó en la convocatoria a concurso de méritos deben proveerse recurriendo a la lista de elegibles y el nombramiento correspondiente recaerá sobre quien haya obtenido el puntaje requerido para ubicarse en el primer puesto de la lista y si no es posible proveer el cargo con dicho aspirante, la entidad deberá nombrar a quien siga en estricto orden descendente, y precisamente dando cumplimiento a lo anterior, la accionada emitió la Resolución N°05-03814

de 2020, en la cual si bien acepta expresamente: *Que, cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. CNSC-20182120144665 del 17 de octubre de 2018, por la cual se listas de elegibles para proveer empleos de carrera de del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, incluyendo la correspondiente a la provisión del empleo identificado como Instructor G 01 identificado con código 59012 ubicado en la Centro de Servicios y Gestión Empresarial de la Regional Antioquia; y que el empleo en mención fue reportado con Una (1) vacante, figurando en los lugares de mérito 1° (primero) ANA CAROLINA CARDONA FLOREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.296.244, seguidamente, resuelve negar el nombramiento aduciendo a la letra lo siguiente:*

*Que esta servidora se ocupó de verificar el cabal cumplimiento de los requisitos exigidos por desempeñar el cargo, encontrando que en el caso a estudio, se observa que la señora ANA CAROLINA CARDONA FLOREZ no cumple con los requisitos para efectuar su nombramiento en período de prueba, ya que no acreditó los presupuestos tales como: (**Experiencia profesional** en el área de turismo de 18 meses, necesarios para ocupar el referido cargo, teniendo en cuenta que la OPEC No. 59012 publicada en el aplicativo SIMO, expresamente exige experiencia de 30 meses, así: 18 experiencia relacionada con turismo y 12 meses de experiencia docente. De los documentos revisados se aprecia que las certificaciones aportadas para demostrar la experiencia de 18 meses, refleja labores realizadas antes de la graduación, esto es, 25/08/2006.*

Reiterando los mismos argumentos en la Resolución N° 05-04236 del año en curso por medio de la cual confirmó la inicial, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la actora, sin que se aprecie que hubiese examinado lo expuesto por la impugnante, únicamente se le indicó:

*"Que de acuerdo con la revisión realizada a la hoja de vida de la recurrente, en relación con los requisitos de la convocatoria, se observa que efectivamente la experiencia requerida para su situación académica, esto es, **TECNOLOGIA EN HOTELERIA TURISMO Y RELACIONES PUBLICAS**, se requiere una experiencia de Treinta (30) meses de experiencia relacionada distribuida así: Dieciocho (18) meses de **experiencia relacionada con TURISMO** y doce (12) meses en docencia, respecto de la que acreditó 6 meses de experiencia relacionada con turismo y 156 meses de docencia.*

(...)

Sexto. *Que objetivamente se aprecia que no se dan los supuestos establecidos dentro de la convocatoria, pues la experiencia relacionada es inferior a la exigida.*

Séptimo. *Que por expreso mandato del artículo 2.2.5.4.2 Decreto 1083 de 2015, es deber de esta servidora revisar el cumplimiento de requisitos, previo a realizar el nombramiento y en el caso a estudio la recurrente no aportó elementos que permitan modificar la decisión tomada, pues no se allega evidencia del*

cumplimiento de la experiencia relacionada igual a 18 meses, ni se fundamenta la no exigencia de ésta, toda vez que al estar determinada como requisito desde el acuerdo que dio inicio al concurso, no puede el nominador modificar los requisitos de acceso al cargo, sin violar la Ley, razón por la que habrá de mantenerse la decisión de abstenerse de nombrar en período de prueba a la señora Ana Carolina Cardona Flórez”

Sin embargo, lo anterior es completamente contrario a lo efectivamente acreditado y demostrado, no sólo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en la convocatoria referida, sino ante la Comisión Regional de Personal-SENA-Regional Antioquia, y en este trámite, por lo que pasa a exponerse:

Para cargo en el que se niega dar posesión a la hoy accionante (Instructor G01 -código 59012 ubicado en la Centro de Servicios y Gestión Empresarial de la Regional Antioquia), conforme al aplicativo SIMO, se exigen los siguientes requisitos:

Requisitos

- 📖 **Estudio:** Guías de turismo y recreación, Guías de viaje y turismo.
- 📖 **Experiencia:** Cuarenta y dos (42) meses de experiencia relacionada distribuida así: Treinta (30) meses de experiencia relacionada con el ejercicio de TURISMO y Doce (12) meses en docencia o instrucción certificada por entidad legalmente reconocida.
- 📖 **Alternativa de estudio:** TECNICO PROFESIONAL EN HOTELERIA Y TURISMO, TECNICA PROFESIONAL EN TURISMO AMBIENTAL, TECNICA PROFESIONAL EN TURISMO, TECNICA PROFESIONAL EN ADMINISTRACION EN HOTELERIA Y TURISMO, TECNICA PROFESIONAL EN ADMINISTRACION HOTELERA.
- 📖 **Alternativa de experiencia:** Treinta y seis (36) meses de experiencia relacionada distribuida así: Veinticuatro (24) meses de experiencia relacionada con el ejercicio de TURISMO y doce (12) meses en docencia o instrucción certificada por entidad legalmente reconocida.
- 📖 **Alternativa de estudio:** TECNOLOGIA EN HOTELERIA TURISMO Y RELACIONES PUBLICAS, TECNOLOGIA EN GESTION DE DESTINOS TURISTICOS, TECNOLOGIA EN TURISMO E IDIOMAS, TECNOLOGIA EN HOTELERIA Y TURISMO AMBIENTAL, TECNOLOGIA EN HOTELERIA Y TURISMO.
- 📖 **Alternativa de experiencia:** Treinta (30) meses de experiencia relacionada distribuida así: Dieciocho (18) meses de experiencia relacionada con TURISMO y doce (12) meses en docencia.
- 📖 **Alternativa de estudio:** ADMINISTRACION TURISTICA Y HOTELERA, TURISMO, HOTELERIA Y TURISMO ECOLOGICO, HOTELERIA Y TURISMO, ADMINISTRACION DEL TURISMO SOSTENIBLE, ADMINISTRACION DE HOTELERIA Y TURISMO, ADMINISTRACION HOTELERA.
- 📖 **Alternativa de experiencia:** Veinticuatro (24) meses de experiencia relacionada distribuida así: Doce (12) meses de experiencia relacionada con TURISMO y doce (12) meses en docencia.

Para dar cumplimiento a lo anterior, conforme al abundante material probatorio se aprecia que la aspirante con el fin de sustentar el cumplimiento de requisitos de formación académica y de experiencia requeridas aportó el certificado que acredita que cursó, aprobó y se graduó en TECNOLOGÍA EN HOTELERÍA, TURISMO Y RELACIONES PÚBLICAS en la

Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, el 25 de agosto de 2006, el que conforme a la segunda alternativa de estudio es válida como formación académica, así mismo, para acreditar su experiencia, atendiendo precisamente a la alternativa segunda de experiencia (*Treinta (30) meses de experiencia relacionada distribuida así: Dieciocho (18) meses de **experiencia relacionada** con **TURISMO** y doce (12) meses en docencia,*) allegó los siguientes certificados acreditando la experiencia:

EMPRESA	CARGO	FECHA DE INICIO Y FIN	TIPO DE EXPERIENCIA	TIEMPO DE EXPERIENCIA EN MESES
SENA – ANTIOQUIA	Instructor G12 Hotelería y Turismo Área Temática Turismo	10/11/2008 - 15/09/2017	Docente y relacionada con Turismo	106
Complejo Tecnológico Para la Gestión Agro empresarial SENA – ANTIOQUIA	Instructor de Turismo	01/06/2007 - 30/06/2008	Docente y relacionada con Turismo	12
Abordo Viajes y Turismo S.A.S	Ejecutiva de cuentas de viajes y Turismos	31/10/2006 - 30/04/2007	Relacionada con Turismo	6
La vida Choróní Agencia operadora	Gestora de Turismo	10/12/2005 - 10/05/2006	Relacionada con Turismo	5
Alcaldía de Envigado	Guía turística	22/07/2004 - 22/11/2004	Relacionada con Turismo	4
	TOTAL			127.26

Experiencia que fue debidamente validada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la institución educativa contratada, señalando que se demostró una experiencia por 127.26 meses, tal como se aprecia en los documentos allegados a esta acción y en aplicativo SIMO.

Evidencia la Sala que la Resolución por medio de la cual se niega el nombramiento hace alusión a que el tipo de experiencia requerida para proveer el citado empleo **es experiencia “profesional”**, y aunque posteriormente **al resolver el recurso de reposición se refiere a experiencia “relacionada”**, al parecer asemeja ambos conceptos, lo que no es procedente, pues conforme a los requisitos ya anotados, para el

cargo pluricitado, se requiere **en todas las opciones experiencia relacionada, no profesional** y como lo establece precisamente el Decreto 1083 de 2015, citado por la funcionaria que niega el nombramiento, el artículo 2.2.2.3.7 de tal estatuto claramente diferencia entre una y otra así:

"Experiencia Profesional. *Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo.*

En el caso de las disciplinas académicas o profesiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Salud, la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.

La experiencia adquirida con posterioridad a la terminación de estudios en las modalidades de formación técnica profesional o tecnológica, no se considerará experiencia profesional.

Experiencia Relacionada. *Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer."*

En ese orden de ideas, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de dicho empleo, no tenía asidero jurídico manifestar que "***las certificaciones aportadas para demostrar la experiencia de 18 meses reflejan labores realizadas antes de la graduación, esto es, 25/08/2006.***" pues esto sólo aplicaría determinar la experiencia profesional y se reitera, para este cargo se dispuso únicamente experiencia relacionada. Así mismo la subdirectora de la entidad hoy accionada, debió tener en cuenta el propio concepto 47780 de 2014 emitido por la Dirección Jurídica del SENA, el cual se refiere frente a la experiencia para el cargo de instructor señalando:

"Asunto: Experiencia para el cargo de instructor

INFORMA SOGBRE EXPERIENCIA PARA EL CARGO DE INSTRUCTOR

(...) Por su parte, la experiencia relacionada es derivada del ejercicio de cargos o empleos certificados en los que se hubiesen ejecutado o desarrollado funciones o trabajos similares a las del cargo al que se va a nombrar, o en áreas de trabajo o de la profesión, ocupación, arte u oficio, como reza la norma. (...)

(...)“ Por otra parte, teniendo en cuenta que se trata de experiencia relacionada, se debe contar toda aquella que se hubiera adquirido en su vida laboral en el que desempeño de funciones o labores similares a aquella que corresponden al cargo al que va a ser nombrada la persona.” (...) ”

Y precisamente, atendiendo a lo dispuesto en la convocatoria y en la Ley vigente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de la verificación de los requisitos aportados por la accionante para el concurso, y realizada por una institución universitaria **validó la certificación de experiencia expedida**, entre estas, la emitida justamente por El Servicio Nacional de Aprendizaje — SENA, que da cuenta que la actora fue nombrada en provisionalidad como Instructor Grado 12 orientando formación integral dentro de la Red de conocimiento: Hotelería y Turismo en el área Turismo, acreditando ciento seis (106) meses de experiencia docente en el área relacionada, tiempo suficiente según lo requerido por el empleo como ya se explicó.

Sumado a lo anterior, es de recordar que las Comisiones de Personal de cada entidad deben dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, que además se plasmó en el artículo 54 del acuerdo de la convocatoria en los siguientes términos:

ARTÍCULO 54°. SOLICITUDES DE EXCLUSIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de las Listas de Elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado, podrá solicitar a la CNSC, en los términos del Decreto Ley 760 de 2005, la exclusión de la correspondiente Lista de Elegibles de la persona o personas que figuren en ella, por los siguientes hechos:

1. Fue admitida al Concurso abierto de méritos sin reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.
2. Aportó documentos falsos o adulterados o por haber incurrido en falsedad de información para su inscripción o participación en el Concurso abierto de méritos.
3. No superó las pruebas del Concurso abierto de méritos.
4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el Concurso abierto de méritos.
5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.
6. Realizó acciones para cometer fraude en el Concurso abierto de méritos.

Y en este caso, la **Comisión Regional de Personal del SENA Regional Antioquia**, una vez realizada la verificación de requisitos y validación documental relacionados en la lista de elegibles, de la OPEC 59012, no reportó haber encontrado novedad y por lo tanto no solicitó exclusión de ninguno de los participantes relacionados en la Lista de Elegibles de la cual hace parte la tutelante, por lo cual de conformidad con lo dispuesto en los artículos 54 y siguiente del Acuerdo de convocatoria, **la Lista de Elegibles adquirió firmeza** el día 14 de febrero de 2019, siendo publicada en la página web www.cnsc.gov.co, sin objeción alguna de la entidad, observándose además que atendiendo a una petición de la hoy tutelante, la presidenta de la **Comisión Regional de Personal del SENA Regional Antioquia**, el día 12 de agosto del año en curso le informó expresamente:

*"(...) Según su solicitud de dar a conocer el aparte del acta de la reunión donde se valoran los perfiles de los elegibles de **la OPEC 59012** de la convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, le informo que solo se dejó en el acta los números de OPEC, personas y motivo por el cual se excluyeron, **se verifica el acta y la OPEC en mención no tuvo exclusiones, el procedimiento que se realizó fue revisar el cumplimiento mínimo de requisitos, por lo tanto se identifica que usted tenía estos requisitos para continuar en la lista de elegibles.** (...)".*

Y posteriormente, atendiendo a una nueva solicitud de la accionante ante la comisión referida a efectos de que se examinara su hoja de vida, la presidenta de Comisión Regional de Personal Sena Regional Antioquia, el 15 de septiembre del año en curso informó:

"Conforme a lo que sumariamente se logró evidenciar por parte de este órgano y en el caso suyo se identificó que cumplía con los requisitos mínimos suficientes exigidos suficientes exigidos en la convocatoria para continuar en el proceso".

Señalando a continuación, que conforme a la "verificación de los documentos ingresados en su debido momento a la plataforma SIMO de la CNSC y como se menciona en el punto anterior **cumple con los**

requisitos exigidos en la convocatoria 437 de 2017 para dicha OPEC".

Y finalmente, la misma **Comisión de Personal de la entidad accionada** en aquella misiva expone:

"el pasado 26 de agosto de 2020 se envió comunicación con radicado 05-2-2020-022727 a la Subdirectora del Centro de Servicio y Gestión Empresarial, Rosalía Suescún Giraldo, donde se le recomienda verificar muy bien los requisitos de usted como integrante de la lista de elegibles tiene en la plataforma SIMO y evitar reprocesos y demoras en el proceso de ingreso a la entidad."

En ese orden de ideas, y según se evidencia en el cuantioso material probatorio, la tutelante acreditó 127 meses de experiencia relacionada válida, como incluso la acepta la Comisión de Personal de la misma entidad accionada, luego, no se entienden las razones por las cuales la Subdirectora del Centro de Servicio y Gestión Empresarial del SENA, pretende desconocer la experiencia de la accionante para justificar la no vinculación al cargo para el que concursó, máxime cuando dentro del proceso se realizaron las respectivas etapas de verificación **y la misma área de personal de la entidad acepta que la tutelante cumple con los requisitos de experiencia para el cargo**, y en esa medida, se infiere que la Subdirección del Centro de Servicio y Gestión Empresarial del SENA no está adecuando sus acciones a lo que es legal y constitucionalmente procedente, pues es claro que: **i)** Para la universidad contratada y para la CNSC la tutelante cumplió los requisitos de exigidos al punto que expidió la lista de elegibles, que según la misma entidad se encuentra en firme. **ii)** y Para la Comisión de Personal del SENA, también como lo asevera en las respuestas antes señaladas, siendo diáfano entonces, que la tutelada está vulnerado los derechos fundamentales de la actora, al no proceder con su nombramiento, **con base en argumentos que ni siquiera fueron**

presentados oportunamente ante la CNSC y que además no corresponden a la realidad, pues se hallan desvirtuados mediante las pruebas que fueron aportadas a este trámite, violentándose entonces, las prerrogativas fundamentales de la concursante, así como los lineamientos jurisprudenciales que sobre la materia se han trazado por las distintas autoridades judiciales que han tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la prevalencia de los derechos de los integrantes de listas de elegibles por haber aprobado un concurso de méritos.

En virtud de lo anterior, se hace necesaria la intervención del juez constitucional, a fin de remediar el quebranto de las garantías de la tutelante y restablecer el orden jurídico. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia, y en su lugar, se protegerá el derecho fundamental al debido proceso, y se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, REGIONAL ANTIOQUIA- CENTRO DE SERVICIOS Y GESTIÓN EMPRESARIAL, que si aún no lo ha hecho, en el término máximo de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a emitir el acto administrativo de nombramiento de la actora, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el artículo 59 del acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017 de la CNSC, previo aporte y verificación de los documentos necesarios para la toma de posesión del cargo para el cual **la accionante ocupa el primer lugar en la lista de elegibles**, conforme a las razones expuestas en este proveído.

Por lo expuesto, **la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, el 15 de septiembre del año en curso, dentro del procedimiento de amparo

constitucional instaurado por **Ana Carolina Cardona Flórez** contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, REGIONAL ANTIOQUIA- CENTRO DE SERVICIOS Y GESTIÓN EMPRESARIAL y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, para en su lugar:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de la señora Ana Carolina Cardona Flórez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia, se ordena al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, REGIONAL ANTIOQUIA- **CENTRO DE SERVICIOS Y GESTIÓN EMPRESARIAL** que, si aún no lo ha hecho, en el término máximo de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a emitir el acto administrativo de nombramiento de la tutelante, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el artículo 59 del acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017 de la CNSC, previo aporte y verificación de los documentos necesarios para la toma de posesión del cargo para el cual la actora ocupa el primer lugar en el registro de elegibles.

TERCERO: Se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil, publicar de manera inmediata lo resuelto en esta providencia en las páginas web institucionales de la entidad y/o a través de cualquier otro medio expedito y eficaz, a fin de enterar a los demás integrantes de la lista de elegibles.

NOTIFÍQUESE a las partes esta sentencia por uno de los medios más expeditos que indican los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992.

Dentro del término legal envíese a la H. Corte Constitucional para su

eventual revisión.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por los que en ella intervinieron.

Los magistrados, (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GOMEZ ARISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado