



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO
SOGAMOSO - BOYACA**

Sogamoso, diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RADICACION N° 157593104001-2021-000084 TYBA 2021-00032

CONTRA: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA-, AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA – ANM-

ACCIONANTE: FREDI JAVIER ESPINEL CAMARGO

I. ASUNTO

Procede este despacho a resolver la acción de tutela instaurada por el señor **FREDI JAVIER ESPINEL CAMARGO**, en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA-, AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA – ANM-**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de **ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA** en conexidad con la **IGUALDAD PARA ACCEDER A CARGOS PÚBLICOS y TRABAJO**.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

En el escrito de tutela informó el accionante que la CNSC mediante acuerdo No. 20171000000116, abrió la convocatoria No. 436 de 2017, por medio de la cual convocó a concurso abierto de méritos para empleos vacantes en la planta de personal del SENA, razón por la cual se postuló para el cargo de instructor de minería y luego de surtido todo el proceso, se conformó la lista de elegibles a través de la Resolución No. 20192120005295 del 30 de enero 2019, en la que ocupó el puesto No. 13, posesionándose las personas de los primeros 8 puestos.

Posteriormente, se ofertaron vacantes del mismo nivel, condición, perfil y requisitos profesionales en Barrancabermeja, Barranquilla y el Bagre, sin embargo, se declaró desierto por cuanto no se presentaron candidatos. Razón que conllevó a que la CNSC, conformara nuevo "lista nacional de elegibles" con el objetivo de proveer las (6) vacantes del empleo denominado instructor (minería), que había sido declarado desierto. En esta oportunidad, el accionante quedó ubicado en el puesto No. 7 y se posesionaron los 6 primeros, por lo que él quedó de primeras en la lista.

Por otro lado, adujo que mediante Acuerdo No. 03556 de 2020 la CNSC abrió convocatoria para concurso abierto de méritos para empleos vacantes en la planta de personal de la AGENCIA NACIONAL DE MINERIA (ANM), para ejercer cargo de Gestor en el área de minas mediante OPEC No.14749, y que al verificar los requisitos, el perfil profesional y el propósito del empleo de la ANM, comparándolo con el cargo al cual se presentó en el SENA, el quedaría de primeras en la lista de elegibles al acogerse a las previsiones de la Ley 1960 de 2019, de tal suerte que debe ser tenido en cuenta para ocupar dicho cargo.

III. DERECHOS RECLAMADOS y PRETENSIONES

Con la presente acción, el peticionario pretende que se tutelen sus derechos **al ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA en conexidad con el DERECHO A LA IGUALDAD PARA ACCEDER A CARGOS PÚBLICOS y AL TRABAJO**, y como consecuencia, se le ordene a las entidades accionadas que se le reconozca como la primera opción para ocupar el cargo de gestor en el área de minas de la ANM, que sea elegido, nombrado y posicionado en periodo de prueba.

Como respaldo probatorio de su solicitud aportó las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía
- Copia de la RESOLUCIÓN No. 8765 de 2020
- Copia del ACUERDO No. 03556 de 2020

IV. TRÁMITE PROCESAL IMPARTIDO

El 28 de julio 2021 este Juzgado Admitió el trámite constitucional y se ordenó correr traslado a las partes accionadas para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la demanda de tutela.

El 14 de julio de 2021 se dispuso la vinculación de todas las personas con interés legítimo que participaron en las convocatorias No. 436 de 2017, dentro del proceso de selección por mérito para proveer definitivamente los empleos en el servicio nacional de aprendizaje -SENA-, así como en la convocatoria o proceso de selección No. 1500 de 2020 – Nación 3, para proveer cargos en carrera en la Agencia Nacional Minera –ANM, concediéndoles el término improrrogable de un (01) día para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones planteadas por el Accionante, concurrieran al proceso de tutela y ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Adicionalmente, se ordenó la vinculación del Departamento Administrativo de la Función Pública para que se pronunciara sobre la legalidad y procedencia de las pretensiones planteadas.

V. RESPUESTA PARTE ACCIONADA

V.1. La apoderada de la AGENCIA NACIONAL MINERA, recorriendo el traslado de la acción se tutela, se pronunció en primera medida sobre el objetivo y las funciones de la entidad que representa, aduciendo que se opone a las pretensiones de la acción de tutela por carecer de sustento fáctico y jurídico, para lo cual propuso los siguientes reparos:

Falta de legitimidad en la causa por pasiva, comoquiera que se trata de un concurso o convocatoria totalmente diferente a la que participó el señor Espinel, pues participó en el del SENA y está pidiendo ser elegido en una convocatoria en la que no concursó, pues él no participó en el concurso de la Agencia Nacional de Minería.

Indicó que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 que modifica el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, sobre los concursos, este se refiere a la provisión definitiva de empleos, pero mediante procesos de selección abiertos y de ascenso que desarrolle la Comisión Nacional del Servicio Civil e indica

las reglas para los concursos de ascenso y abierto.

Hizo referencia al uso de las listas de elegibles, en el que se resalta, que éstas podrán ser utilizadas para proveer las vacantes de la respectiva entidad, sin embargo, en este caso, se trata de entidades distintas en concursos diferentes.

Por otro lado, sustentó la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales del accionante, arguyendo que se desprende de las pruebas aportadas por el extremo demandante, que las únicas entidades que eventualmente pudiesen haber tenido participación en la presunta vulneración al derecho constitucional fundamental alegado, serían la COMISIÓN NACIONAL DE APRENDIZAJE y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, por ende, se trata de actuaciones llevadas a cabo por personas jurídicas diferentes a la agencia, por lo que no se ha quebrantado derecho alguno.

Finalmente, con fundamento en referidos argumentos, solicitó negar la acción de tutela por improcedente frente a las actuaciones de la agencia nacional minera y se declare la falta de legitimidad de la causa por pasiva y la ausencia de vulneración de derechos, disponiendo su desvinculación.

V.2. El Asesor Jurídico de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-, se opuso a la solicitud de acción de tutela, fundamentado en la improcedencia del mecanismo constitucional en virtud del principio de subsidiaridad y por la inexistencia de un perjuicio irremediable, comoquiera que la inconformidad radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia y uso de las listas de elegibles, situación que se encuentra reglamentada en los acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, siendo actos administrativos de carácter general, que pueden ser refutados con mecanismo judicial idóneo.

Hizo alusión al precedente de fallos que declaran la improcedencia de la acción de tutela para la aplicación de la ley 1960 de 2019, para aducir que pretensiones de este tipo solo pueden ser resueltas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde puede solicitar la adopción de medidas cautelares necesarias para garantizar, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Por otro lado, hizo referencia a las previsiones normativas de la ley 1960 y su no aplicación retroactiva o retrospectiva, indicando que esta solo procede en procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia el 27 de junio de 2019, por lo que no corresponde al juez de tutela sustituir al legislador y menos sin argumentar la excepción de inconstitucionalidad. En este sentido reiteró que no es procedente aplicarla retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede "frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa", aduciendo que esta situación que no se da en el sub júdice, porque se trata de un hecho consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 436 de 2017 –SENA ya se encuentran agotadas. Por lo tanto, recalcó que las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria en mención, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia la ley 1960, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en

el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos", explicando que se entiende por este concepto de igualdad de empleo.

Mencionó el criterio unificado del 16 de enero de 2020 sobre el uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960, con el que reiteró su planteamiento de inaplicación de la aludida ley en el caso en concreto.

Adicionalmente, señaló el desarrollo de la convocatoria No. 436 de 2017 y la situación del accionante en la misma, precisando que el actor solo gozaba de una mera expectativa sujeta a la vigencia y al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad está supeditada a las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

En consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante y anexó como pruebas la Resolución No. 10259 de 15 de octubre de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC, el acuerdo NO. CNSC 20171000000116 del 24 de julio de 2017, resolución No. CNSC20192120005295 del 30 de enero del 2019 y resolución No. 8536 de 2020.

V.3. El Director de la Regional Boyacá del SERVICIOS NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA-, se pronunció sobre la veracidad de los hechos expuestos por el accionante y precisó que aunque el peticionario solicita que se compare un cargo de gestor en el área de minas, con el cargo de instructor de minería, lo cierto es que este último es único para el SENA, por lo que no permite ser homologado con ningún cargo de entidades del orden nacional.

Por tal motivo, solicitó que se nieguen por improcedentes las pretensiones del accionante, pidiendo además que se excluya a la entidad que representa, ya que, por acción u omisión, no se ha vulnerado ningún derecho de actor.

V.4. El Director Jurídico del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, se pronunció sobre la legalidad de las pretensiones efectuadas por el accionante, mencionado lo siguiente:

La ley 1960 de 2019 que modificó la ley 909 de 2004, permite que a partir del 27 de junio de 2019, la lista de elegibles que surja de una determinada convocatoria de méritos, cubra las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, sin embargo, luego del criterio de unificación emitido por la CNSC, se determinó que las listas de elegibles conformadas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia 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.

Por otra parte, se pronunció sobre la improcedencia de la acción de tutela y adujo sobre su vinculación, que en momento alguno el DAFP ha vulnerado derechos del

accionante y por lo tanto carece de legitimación en la causa por pasiva para responder sobre el adelantamiento del concurso de méritos de la CNSC y menos para hacer uso de la lista de elegibles, por lo que insistió que la entidad que representa no ha tenido injerencia alguna en los hechos que originaron la acción, por lo que solicitó que se declare probada la excepción propuesta de falta de legitimación de la causa por pasiva.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. PROBLEMA JURÍDICO:

En atención a los planteamientos expuestos por las partes, corresponde a este Juzgado determinar si la Acción de Tutela es procedente para ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que haga uso de la lista de elegibles expedida en la convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, en el cargo instructor minero, para proveer cargos dentro del proceso de selección No. 1500 de 2020 -Nación 3, de la Agencia Nacional Minera, así como para ordenar su nombramiento en periodo de prueba en esta última entidad.

En este orden, lo primero que debe recordarse es que el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que toda persona tiene la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra el particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Y para que sea procedente, se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

Así lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 en el que se dispone:

"Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

"1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante..."

En consecuencia, cuando se tiene al alcance un medio judicial directo o por vía de recursos ordinarios o extraordinarios dentro del proceso, no puede pretenderse a través de la acción de tutela un examen adicional sobre un trámite netamente judicial, pues al tenor del artículo 86 Constitucional, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, por lo tanto puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso ordinario.

En el asunto *sub examine* el debate central se circunscribe a solicitar la aplicación las previsiones de la ley 1960 de 2019 para que se utilice la lista de elegibles de la convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, para la provisión de los cargos convocados por la Agencia Nacional Minera dentro del proceso de selección No. 1500 de 2020 -Nación 3.

En consecuencia, se debe mencionar que para determinar la legalidad de los actos de la convocatoria en la que participó el accionante, le corresponde demandar los actos administrativos proferidos en su desarrollo, escenario que desborda la competencia del Juez de Tutela, habida cuenta de la naturaleza subsidiaria y residual de la Acción de Amparo Constitucional.

Al respecto, resulta pertinente citar los argumentos hilvanados por la Corte Constitucional en la sentencia T-081 de 2021, por la importancia que representan para esclarecer el caso planteado:

1. *Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos¹. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio². Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente³.*

2. *Vistos los hechos probados que rodean ambos casos, la Sala estima que, por lo menos a primera vista, era deber de los actores acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirimiera el conflicto suscitado. En efecto, ambos tutelantes, al momento en que instauran sus respectivas acciones de tutela, cuestionaron, por lo menos, dos decisiones de la CNSC, a saber:*

¹ Ley 1437 de 2011. Artículo 104. “DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

² Cfr., Sentencia T-340 de 2020.

³ Cfr. Sentencia T-059 de 2019. “Cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley”.

Primera, la Resolución No. CNSC-20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por medio de la cual esa autoridad dispuso revocar el artículo 4 de los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016. Con esto, siguiendo lo dispuesto en el Decreto 1894 de 2012, definió que tales listas solo podían ser usadas para proveer las vacantes inicialmente ofertadas en el concurso, y no otras. Esta decisión pudo afectar a quienes participaron de la Convocatoria antedicha, entre quienes se encontraban los accionantes de las dos causas que se estudian, porque con ello la administración presuntamente se negó a permitirles el acceso a los empleos creados con el Decreto 1479 de 2017.

Segunda, la determinación de la CNSC que se atacó fue el Criterio Unificado "Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", del 1 de agosto de 2019. Allí se determinó, por parte de la Sala Plena de la Comisión, que los acuerdos de convocatoria que se hubiesen aprobado antes de la entrada en vigencia de esa norma debían regirse por la regulación anterior y, en tal caso, las listas de elegibles que de ellas emanen solo pueden ser usadas para las vacantes ofertadas en esos mismos acuerdos, decisión que sería contraria a los intereses de los actores.

Específicamente, en lo que se refiere al Criterio Unificado referido, esta Sala entiende que aquel no era simplemente un concepto, en tanto contenía una decisión propiamente dicha sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en convocatorias aprobadas con anterioridad a la misma. En ese sentido, tuvo efectos jurídicos que afectaban, directamente, a un grupo determinado de personas que esperaban la aplicación retrospectiva de esa norma a efectos de acceder a los cargos creados en el Decreto 1479 de 2017. (...)
(...)

Teniendo claras estas diferencias, la Sala reitera que el denominado Criterio Unificado es un verdadero acto administrativo y, por ello, podía ser atacado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto porque, como ya se dijo, tuvo consecuencias jurídicas y afectó los intereses de un grupo específico. Además, toda vez que fue proferido por la Sala Plena de Comisionados, en ejercicio de sus funciones legales, previstas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004⁴, su seguimiento era imperativo y no facultativo. Esto es, no existía la opción de no acogerlo o de ir en contra de lo allí establecido⁵.

3. *De lo anterior, no cabe duda que ambas manifestaciones constituían propiamente actos administrativos de carácter general y abstracto, susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de que se declarara su nulidad en los términos del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011⁶.*

Bajo este entender, por regla general la Acción de Tutela es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter general y particular que se expidan al

⁴ Ley 909 de 2004, artículo 11: "Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones: // a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; // h) expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa; // k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa".

⁵ Cfr., Consejo de Estado, Radicado 11001-03-25-000-2013-01383-00 (3496-2013). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. "Esta Corporación, con base en una línea jurisprudencial definida, ha señalado que las circulares administrativas no tienen control judicial ante la Jurisdicción Contenciosa cuando reproducen el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o cuando solo brindan orientaciones o instrucciones a sus subalternos, ni las que tienen por objeto dar a conocer conceptos del superior jerárquico sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas. // Siguiendo la misma orientación jurisprudencial son demandables conforme a la teoría del acto administrativo las circulares de servicio que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos, expresada en la voluntad unilateral de la Administración, en la cual vincule a los administrados por una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o por una situación de carácter subjetivo, individual y concreta". (énfasis propio).

⁶ Ley 1437 de 2011, artículo 137, inciso 1. "Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general".

interior de las etapas que se desarrollan en los concursos de méritos, pues para su debate, el interesado puede acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dentro de la cual se puede solicitar la medida provisional que se considere pertinente.

De forma excepcional, el mecanismo constitucional resulta procedente, ante las dos eventualidades específicas ya descritas:

- i. Cuando el mecanismo judicial existente no es idóneo, para resolver el caso planteado;
- ii. Cuando se pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, corresponde al Accionante en la demanda de tutela, demostrar porque el mecanismo judicial existente no le permite resolver su caso particular y adicionalmente, que de no darse curso a la Acción de Tutela se genera un perjuicio de carácter irremediable.

CASO EN CONCRETO:

El señor FREDY JAVIER ESPINEL CAMARGO, señaló que participó en la convocatoria Nro. 436 de 2017-SENA, dentro de la cual, luego de agotadas las fases del concurso, mediante Resolución Nro. 20192120005295 del 30 de enero de 2019 se conformó la Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, la cual estuvo vigente hasta el 13 de febrero del cursante año, según se señaló en la respuesta ofrecida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Dentro de la lista inicial, el accionante ocupó el puesto número 13, de los cuales fueron nombradas las primeras 7 personas, de acuerdo con el número de cargos convocados, sin embargo, durante el interregno de la vigencia de la lista, en razón al cumplimiento de una orden de tutela, esta fue actualizada para suplir cargos declarados desiertos dentro de la misma entidad SENA, en los códigos OPEC No. 58759, 60016 y 60625, por lo que se conformó lista general de elegibles para proveer seis (6) vacantes, razones que conllevan al señor FREDY JAVIER ESPINEL CAMARGO, a mencionar que en este momento está ubicado en el primer lugar de la lista.

Ahora bien, según lo afirmó el Apoderado de la CNSC, durante la vigencia de la lista en la que se encuentra el accionante, no se reportó por parte del SENA la existencia de una nueva vacante definitiva, que habilitara el uso de la lista de elegibles.

Con este panorama, pretende el accionante que su ubicación en la lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017-SENA, para el cargo de instructor minero, sea utilizada para proveer un cargo de gestor minero, dentro de la convocatoria realizada por la comisión para nombramientos en la Agencia Nacional Minera, identificado como Proceso de Selección No. 1500 de 2020 -Nación 3, sustentado su pretensión en las previsiones de la ley 1960 de 2019.

Esta ley, modificó, entre otras cosas, el art. 31 de la ley 909 de 2004, permitiendo, a partir de su vigencia, se utilicen las listas de elegibles de los concursos de méritos practicados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no solo dentro de las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"

En estricto sentido reza:

Artículo 31. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una 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 a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Con ocasión a esta modificación, la Corte Constitucional se pronunció para establecer la aplicación jurisprudencial pertinente, y por lo tanto, con efectos ilustrativos, se deben citar los argumentos esbozados en la sentencia T- 340 de 2020:

"Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

*Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer". Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004⁸.*

⁷ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁸ La norma en cita dispone que: "**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j)

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

*3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1º de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia 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**", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."⁹.*

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente".

Por ende, se encuentra definido no solo por la ley sino por la jurisprudencia, que las listas de elegibles conformadas en el marco de los procesos de selección, sean aplicadas, durante su vigencia, para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC–de la respectiva

Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo; // m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

⁹ Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cns.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>.

convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, incluso, esta interpretación debe aplicarse, en las listas de elegibles consolidadas con anterioridad al 27 de junio de 2019, fecha de la entrada en vigencia de la ley 1960, teniendo en cuenta que los derechos de las personas que aprobaron, no se encuentran consolidados debido a la falta de nombramiento, porque su lugar en la lista excedía las plazas convocadas.

Por esta razón, la sentencia T- 081 de 2021 precisó que para la aplicación retrospectiva de la ley 1960 a listas consolidadas, antes de su vigencia, se debían acreditar los siguientes supuestos fácticos:

- a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).*
- b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrara vigente.*
- c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.*
- d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.*
- e. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica. Haciendo referencia este último requisito a cargos equivalente.*

Ahora bien, el alcance de la norma en mención fue definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, en el que se dijo que "(...) **las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia 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"**

Bajo esta óptica, como el interés del accionante es que se utilice la lista en la que él se encuentra inscrito en la convocatoria del SENA, para que su nombramiento se haga efectivo en una convocatoria diferente a la que participó, en la AGENCIA NACIONAL MINERA, se está cuestionando directamente la mencionada circular, en dos puntos, el primero de ellos, el tiempo de vigencia de la lista de elegibles y segundo, el hecho de poderse usar la lista en una convocatoria para un empleo y una convocatoria distinta a la que aprobó. Por lo tanto, es claro que para esa finalidad se debe acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, pues como ya se dijo, la circular emita por la comisión tiene carácter de acto administrativo cuestionable y controvertible ante juez competente.

Así las cosas, le corresponde al accionante acudir de forma preferente ante la justicia contenciosa administrativa, como mecanismo idóneo de defensa en donde puede elevar las medidas provisionales que considere pertinentes en garantías de sus derechos presuntamente afectados.

De forma adicional, debe hacerse hincapié en que la Corte Constitucional, tanto en la sentencia T-340 de 2020 como en la T-081 de 2021, analizó de fondo el asunto planteado por lo accionantes, a pesar de la existencia de mecanismo judicial idóneo, teniendo en consideración que en el momento de instaurar las correspondientes

acciones de tutela, estaba próxima la fecha de perder la vigencia la lista de elegibles en la que se encontraban. Empero, situación diferente se presenta en el asunto que ocupa la atención de este Despacho, toda vez que la lista de elegibles para el cargo de instructor minero de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA, perdió su vigencia de dos años el pasado 13 de febrero de 2021, lo que denota la falta de urgencia del accionante y la posibilidad que le asiste de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues tan solo esperó hasta que la lista perdiera su vigencia para preocuparse por verificar si puede hacer efectivo su nombramiento en alguna otra entidad diferente a la que participó, transcurriendo el tiempo sin acción alguna, porque, dicho sea de paso, el señor FREDY JAVIER ESPINEL, ni siquiera realizó solicitud directa ante la comisión, sino que por el contrario acudió directamente al mecanismo excepcional de la acción de tutela.

Por contera, no puede menos la suscrita juez que declarar la improcedencia de la acción de tutela, ante el incumplimiento del requisito de subsidiaridad, pues le compete al accionante acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o vía acción de nulidad.

Dicha conclusión no puede ser diferente, pues como ya se dijo el mecanismo de amparo constitucional es excepcional cuando se pretenden atacar actos administrativos, es subsidiario y residual y por lo tanto, no puede el Juez Constitucional desbordar la órbita de su competencia realizando estudio de fondo, pues se trata de discusiones del resorte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Finalmente, solo resta mencionar que tampoco puede estudiarse la tutela como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, pese a la importancia de los derechos de los que se reclama protección, pues nada se mencionó al respecto, es así que el Accionante nunca señaló de qué manera y bajo qué términos existía una posible generación de perjuicios de forma inminente, que necesite de medidas urgentes, de forma tal que puede acudir a la justicia contenciosa a través del mecanismo ordinario correspondiente, en que, como quedó visto puede solicitar medidas provisionales.

Bajo este entender, al no superarse el requisito general de subsidiaridad, no puede este Despacho realizar estudio de fondo acerca de las pretensiones del Accionante, pues en razón a la naturaleza excepcional de la Acción de tutela, no se puede desconocer la competencia del Juez natural.

Corolario de lo expuesto, debe este Despacho **NEGAR** el amparo Constitucional deprecado en razón a la **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**, frente al incumplimiento del requisito de subsidiaridad.

Finalmente, teniendo en consideración los argumentos expuestos por el Director Jurídico del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, se ordena la desvinculación de esta entidad en razón a la falta de legitimación de la causa por pasiva, al no haber intervenido en las condiciones fácticas descritas por el accionante y al carecer de competencia jurídica para intervenir en la solución del caso.

En razón y mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso**, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Acción tutela solicitada por el señor **FREDI JAVIER ESPINEL CAMARGO**, por las razones contenidas en la parte motiva de esta sentencia.

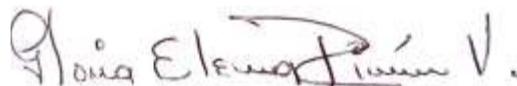
SEGUNDO: DESVINCULAR al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, en atención a lo expuesto.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción, por el medio más idóneo y expedito posible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: INFÓRMESE esta determinación a todos los participantes de la Convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y del proceso de selección No. 1500 de 2020 -Nación 3, por intermedio de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual deberá publicar el contenido de este fallo en su respectiva página web.

QUINTO: El presente fallo es susceptible de impugnación, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, y en caso de no ser interpuesto recurso alguno se remitirá a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Inciso 2º, artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA ELENA RINCÓN VARGAS

Juez