



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CONOCIMIENTO

Bucaramanga, dos (02) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Procede resolver la acción de tutela formulada por la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMÓN contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SENA, por la presunta violación a sus derechos a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO y ACCESO A CARGOS PUBLICOS.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La señora **NHORA MILENA MANTILLA RAMÓN** refirió haber aspirado a la OPEC 61611 dentro de la Convocatoria 436 de 2017 realizada por la CNSC para proveer cargos en el SENA, obteniendo una calificación de 74.68 con la que quedó en el cuarto puesto, para un total de dos vacantes.

Añadió que mediante Resolución 3604 de 2021 se consolidó y expidió la lista de elegibles para proveer dos vacantes equivalentes reportadas por el SENA en el empleo denominado Profesional Grado 02 identificado con el OPEC 165194, ello en cumplimiento a fallo proferido por el Juzgado 36 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA en el marco de la Convocatoria 436 de 2017, siendo las vacantes definitivas, la generada el 30 de marzo de 2017 en el Centro de Manufactura en Textil y Cuero y la generada el 31 de agosto de 2021 en el Centro del Transporte del SENA.

Indicó que la lista de elegibles consolidada, quedó conformada en orden ascendente por el señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA – a quien se posesionó en periodo de prueba el 1 de diciembre de 2021 en la vacante uno -, ella en segundo lugar, y en tercero la señora JEIMY MONSALVE RANGEL – a quien se posesionó en periodo de prueba para la vacante dos- ,



advirtiendo que no fue posesionada pese a estar de segunda, porque a la fecha de generación de la vacante su lista de elegibles no estaba vigente según la Resolución 3604 de 2021.

Indicó además que el señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA presentó su renuncia en la vacante del Centro de Manufactura en Textil y Cuerpo del SENA el 16 de diciembre de 2021 – a partir del 1º de enero de 2022 -, la que fue aceptada mediante Resolución del 28 de diciembre de 2021, razón por la cual el 24 de enero del año en curso solicitó a través de derecho de petición al SERVICIO NACIONAL DEL APRENDIZAJE se le nombrara en el referido cargo, recibiendo como respuesta el 2 de marzo de 2022, estar a la espera de la autorización de la CNSC para el uso de la lista de elegibles, en la que se determinara a quien se debe nombrar, aclarando que los nombramientos por uso de listas se realizan exclusivamente a través de las autorizaciones que remite dicha entidad.

Agregó que el 3 de marzo de 2022 presentó solicitud a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para que emitiera la respectiva autorización, indicándosele en respuesta del 14 de abril de 2022, que el SENA a la fecha no había registrado en el aplicativo del Banco Nacional de Listas de Elegibles el reporte de vacantes adicionales que cumplieran con el criterio de mismos empleos, así como tampoco había allegado actos administrativos que dieran cuenta de la movilidad de la lista, presumiendo en consecuencia que no se presentó derogatoria ni revocatoria del acto administrativo de nombramiento ni se declaró la vacancia definitiva por configurarse alguna causal de retiro, asegurando que una vez se realizara el reporte aludido, la Comisión haría el estudio de viabilidad para establecer la procedencia del uso de las listas vigentes a la fecha de generación de las vacantes.

Cuestionó en ese sentido la demandante, que habiéndose aceptado la renuncia del señor CESAR QUIÑONEZ RUEDA desde diciembre de 2021, transcurridos tres meses, no se allegaran por parte de la entidad actos administrativos que dieran cuenta de la movilidad de la lista, por lo que el 2 de junio de 2022 elevó una nueva solicitud ante el SENA solicitando



información al respecto, indicándosele en respuesta del 16 de junio de 2022 que si el empleo ocupado por el señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA quedó vacante a partir del 1 de enero de 2022, no podía afirmarse que tenía derecho a proveerlo, pues si bien ocupó el segundo lugar en la Resolución 3604 de 2021, la vigencia de la lista de elegibles 20182120142535 de 2018 que corresponde a la vacante OPEC 61611 estuvo vigente hasta el 29 de noviembre de 2020, lo que implica que la vacancia fuera posterior a la vigencia de la lista.

Al respecto destacó que la lista de elegibles del señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA tenía la misma vigencia que la suya, y el fue posesionado el 1 de diciembre de 2021, esto es un año después de vencida la lista, atendiendo a una orden judicial en acción de tutela promovida por la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA; advirtió a su vez que dicha vacante se generó el 30 de marzo de 2017 – fecha en la que la lista estaba vigente -, siendo así que si el SENA hubiese informado oportunamente a la CNSC su existencia, las listas no se hubiesen vencido y posiblemente si el señor CESAR QUIÑONEZ se hubiese posesionado y renunciara – como lo hizo – habría podido ocupar dicha vacante, considerando que no puede como aspirante asumir los errores de la entidad, siendo así que el SENA no informó oportunamente la vacante y de no ser por la acción promovida por la señora ORIANA VANESSA no se sabría de dichos cargos y probablemente serían ocupados por personas en provisionalidad.

Por otra parte adujo que el señor CESAR QUIÑONEZ presentó su renuncia 16 días después de haber iniciado el periodo de prueba, por lo que de conformidad a lo señalado por la CNSC si se genera una vacante definitiva por derogatoria, revocatoria del nombramiento, renuncia o no superación del periodo de prueba, la entidad puede utilizar la lista de elegibles y efectuar el nombramiento de la persona que en orden de mérito sigue en la lista, recalcando que el periodo de prueba del señor CESAR QUIÑONEZ no se agotó, pues renunció empezando el mismo, frente a lo cual destacó el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública al referir que siendo la renuncia voluntaria, la entidad donde queda la vacante debe proveer el



empleo en periodo de prueba con la persona que sigue en orden de méritos en la respectiva lista, sin que ello implique erogación por utilización de la misma, concepto que fuera acogido por la CNSC en sus decisiones, por lo que habiéndose presentado una renuncia voluntaria en el periodo de prueba, debe proveerse el empleo con ella, como persona que sigue en la lista de elegibles, advirtiendo que la posición del SENA la afecta pues a la fecha no tiene estabilidad laboral y ayuda económicamente a su familia.

Precisó tener varias amigas que han ocupado el puesto dos dentro de la lista de elegibles y al renunciar el primero, incluso después del periodo de prueba, han sido llamadas a ocupar la vacante, argumentando el SENA que en su caso la lista está vencida, sin reconocer que ello ocurrió porque no informó oportunamente la entidad que existía dicha vacante; cuestionó a su vez que según presume a la fecha ocupe el cargo una persona que no tiene el derecho para hacerlo, señalando que el medio de nulidad y restablecimiento no tendría la eficacia de reparar el daño causado, siendo inaplazable, necesaria y urgente la medida correctiva constitucional.

PRETENSIÓN

En atención a lo anterior solicitó la accionante se tutelaran sus derechos al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos y confianza legítima, y en consecuencia se ordenara i) al SENA reportar a la CNSC la novedad de retiro y aceptación de la renuncia del señor CESAR QUIÑONEZ a la vacante 1 generada el 30 de marzo de 2017 en el Centro de Manufactura en Textil y Cuero, ii) a la CNSC, atendiendo al orden de la lista de elegibles consolidada en la Resolución 3604 de 2021 enviar la procedencia del uso de la lista, ya que el señor CESAR QUIÑONEZ renunció a los 16 días de haber iniciado el periodo de prueba, y iii) una vez la CNSC remitiera la autorización del uso de la lista, se le permitiera iniciar el periodo de prueba para ocupar la vacante, o de manera subsidiaria fuera nombrada en provisionalidad.



. PRUEBAS

- 1-. Petición elevada por la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMON al CENTRO DE MANUFACTURA EN TEXTIL Y CUERO – SENA con la Referencia: Solicitud de nombramiento en cargo de profesional grado 02 del Centro de Manufactura en textil y Cuero.
- 2-. Petición elevada por la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMON al CENTRO DE MANUFACTURA EN TEXTIL Y CUERO – SENA con la Referencia: Solicitud de reporte a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la vacancia definitiva por retiro del señor César Augusto Quiñonez Rueda del cargo de profesional grado 02 del Centro de Manufactura en textil y cuero.
- 3-. Petición elevada por la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMON a la CNSC con la referencia: Solicitud de nombramiento al cargo de profesional grado 02 del Centro de Manufactura en textil y cuero.
- 4-. Aceptación de renuncia dirigida al señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA de fecha 05/01/2022.
- 5-. Resolución N° 3604 del 25 de octubre de 2021 proferida por la CNSC.
- 6-. Respuesta a derecho de petición dirigida a la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMON por la COORDINADORA DEL GRUPO DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO del SENA.
- 7-. Respuesta a derecho de petición dirigida a la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMON por la DIRECTORA DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CNSC.
- 8-. Respuesta a derecho de petición dirigida a la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMÓN por la COORDINADORA DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES DEL SENA



TRAMITE

El 20 de octubre de 2022, se corrió traslado de la demanda a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, a la DIRECTORA DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA MISMA ENTIDAD, así como al DIRECTOR, COORDINADOR DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES y COORDINADORA GRUPO DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DEL SENA, disponiendo vincular al trámite como terceros con interés legítimo a la persona que a la fecha se encontrara ocupando el cargo en provisionalidad de Profesional grado 02, identificado con el IDP No. 13369, ubicado en el Centro de Manufactura en Textil y Cuero de la Regional Distrito Capital del SENA– que había sido provisto con el nombramiento del señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA, quien presentó su renuncia al empleo -, así como a quienes conforman la lista de elegibles para proveer las vacantes del empleo de profesional grado 2 identificado con el código OPEC 165194, corriéndoseles traslado de la demanda para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones.

Para el efecto se solicitó al DIRECTOR DEL SENA suministrara de manera inmediata el nombre completo de quien ocupara a la fecha el referido cargo en provisionalidad, e informara sus datos de ubicación – dirección, correo electrónico y número telefónico -; y se ordenó al PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL publicara en la página web de la entidad, copia del auto admisorio y del escrito de la demanda y sus anexos, para que quienes se encuentran en la señalada lista de elegibles, se vincularan como terceros con interés legítimo en el proceso y pudieran hacerse parte dentro del trámite constitucional, pronunciándose dentro de las 48 horas siguientes a partir de la publicación.

Por otra parte, se solicitó al JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ suministrara en el término de cuarenta y ocho (48) horas, copia del fallo de tutela de primera y segunda instancia proferido en el proceso de radicado 110013336036-2021-0000178-00, correspondiente a la demanda promovida por la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA.



Finalmente se abstuvo el Despacho de emitir pronunciamiento en relación a un eventual decreto de medida provisional, siendo como es que pese a consignarse en el correo electrónico que fuera remitido por la Oficina Judicial, en el aparte de “Medida Provisional: Si”, examinado en detalle el libelo promovido, no se elevó ninguna solicitud en tal sentido por parte de la demandante, que diera lugar a estudiar su procedencia.

2-. El **JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** allegó copia de los fallos de tutela de primera y segunda instancia proferidos en el proceso de radicado 110013336036-2021-0000178-00.

3-. La **COORDINADORA DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES DE LA SECRETARIA GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA** señaló respecto a la información solicitada tendiente a la vinculación de la persona que estuviera ocupando la IDP 13369 en el Centro de Manufactura en textil y cuero, que este se encuentra vacante y ninguna persona está ocupándolo en provisionalidad, señalando por otra parte haber publicado la acción interpuesta, en la página web de la entidad.

Refirió a su vez, que la accionante se postuló para acceder a alguna de las dos vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Grado 2, ofertadas en el concurso con el código OPEC 61611 ubicadas en el centro industrial de mantenimiento integral de la Regional Santander, conformándose la lista de elegibles mediante Resolución 20182120142535 del 17 de octubre de 2018, siendo nombrados los señores ELKIN DARIO HERNANDEZ MONTOYA y RUTH MYRIAN BRAVO GRAZ, quienes ocuparon la primera y segunda posición de la lista, quedando la accionante en el puesto número cuarto, por lo que no alcanzó la posición meritoria para ser nombrada en periodo de prueba, recalcando que la lista tuvo vigencia hasta el 29 de noviembre de 2020.

Añadió que con el objetivo de dar cumplimiento al fallo proferido por el JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el SENA reportó a la CNSC dos vacantes definitivas del empleo



profesional grado 2 – la primera IDP 13369 generada el 30 de marzo de 2017 en el Centro de Manufactura en Textil y Cuerpo del SENA – BOGOTA, y la segunda IDO 13399 generada el 31 de agosto de 2021 en el Centro de Tecnologías de Transporte del SENA -, para lo cual se expidió la Resolución 3604 de 2021 que consolidó una lista de elegibles para proveer las vacantes en cuestión.

Destacó en este punto que la vinculación de los aspirantes estaba condicionada a la vigencia de sus listas, respecto a la generación de la vacancia definitiva de los empleos reportados, siendo nombrado para la vacante uno el señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA – que ocupó la primera posición -, y para la vacante dos la señora JEIMMY MONSALVE RANGEL – que estaba en el tercer lugar -, no habiéndose nombrado a la accionante, porque para la fecha de generación de la vacante, su lista había perdido vigencia.

Añadió que mediante Resolución del 18 de noviembre de 2021 se efectuó el nombramiento en periodo de prueba del señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA, quien tomó posesión del cargo el 1 de diciembre de 2021, produciéndose con el la provisión de la vacante, presentando este su renuncia, la que fue aceptada a partir del 1º de enero de 2022, por que el cargo quedó nuevamente vacante, no teniendo la demandante opciones para acceder al mismo pues su lista estuvo vigente hasta el 20 de noviembre de 2020.

Precisó en este sentido que habiendo sido posesionado el señor QUIÑONEZ RUEDA, el empleo fue provisto y por tanto no puede considerarse como fecha de la vacancia definitiva el 30 de marzo de 2017 sino el 1º de enero de 2022, fecha en la que se aceptó la renuncia del servidor, habiendo estado vigente la lista de la demandante hasta el 29 de noviembre de 2020.

Indicó así que el SENA ha reportado en el SIMO las vacantes definitivas de la planta de personal susceptibles de provisión mediante el uso de las listas de



elegibles, lo que se hizo teniendo en cuenta la definición de empleos equivalentes.

Refirió además que no le corresponde a la entidad que representa la elaboración o conformación de las listas de elegibles, pues para efectuar un nombramiento en periodo de prueba se requiere la autorización de la CNSC, señalando que en todo caso cuenta la accionante con la facultad de acudir a otros medios de defensa, y solicitar incluso una medida cautelar, máxime cuando no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable en su contra, por lo que solicitó se denegara por improcedente el amparo.

4-. El JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL señaló que el procedimiento del nombramiento en periodo de prueba, prorroga y toma de posesión, corresponde a la entidad nominadora para la cual se hizo el proceso de selección.

Indicó además que consultado el SISTEMA DE APOYO PARA LA IGUALDAD EL MERITO Y LA OPORTUNIDAD se comprobó que en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 se ofertaron dos vacantes para proveer el empleo de carrera identificado con el código OPEC 61611, conformándose la lista de elegibles mediante Resolución 20182120142535 del 17 de octubre de 2018, la cual estuvo vigente hasta el 29 de noviembre de 2020, sin que el SENA reportara movilidad de la lista, por la expedición de un acto que dispusiera la derogatoria o revocatoria de un nombramiento o que declarara la vacancia definitiva del empleo por una causal de retiro, siendo así que conforme a lo reportado las vacantes ofertadas fueron provistas por quienes ocuparon las posiciones uno y dos.

Puntualizó a su vez que el estado actual de las vacantes definitivas es una información de resorte exclusivo de la entidad nominadora, que conoce su planta de personal, sin que en ello pueda mediar la CNSC, pues además no se reportó la existencia de vacantes con el criterio de mismos empleos, advirtiendo que no alcanzó la accionante el puntaje requerido para ocupar una posición meritosa que le permitiera proveer el empleo, encontrándose



sujeta no solo a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas en la entidad.

Concluyó así que no es procedente hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista, acaeció la pérdida de ejecutoria, solicitando se negara la acción ante la no vulneración de derechos fundamentales de la demandante.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política, en su artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo de defensa judicial al que pueden acudir quienes reclamen la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, por particulares encargados de la prestación de un servicio público o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Ahora bien corresponde al Despacho determinar si los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, acceso a cargos públicos y trabajo de la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMÓN han sido vulnerados por el SENA y la CNSC al no haber sido nombrada en periodo de prueba para ocupar la vacante generada con la renuncia presentada por quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles en vacante generada el 30 de marzo de 2017, cuando es la siguiente en la clasificación, lo que a su juicio da lugar a que sea llamada para proveer el cargo, una vez reportada esta situación administrativa y autorizada la utilización de la lista.

En este punto es de advertir que por regla general no es este el medio para controvertir decisiones administrativas tomadas en el curso de un proceso de selección dentro de un concurso de méritos, no obstante lo cual excepcionalmente procede el amparo constitucional de acuerdo a las



circunstancias específicas de cada caso, al evaluar la idoneidad de los demás mecanismos de defensa judicial ante la existencia de un perjuicio irremediable y la necesidad inminente de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados por una actuación manifiestamente ilegítima de la administración, así se ha dicho:

"3.2. Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria. 3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente."¹

"En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado."²

¹ Sentencia T-682/16

² Sentencia T 090 de 2013



Así las cosas, es de ver que las manifestaciones realizadas por la demandante en relación al peligro al que presuntamente se enfrenta ante la negativa del SENA en efectuar su nombramiento en periodo de prueba, carecen del respaldo probatorio suficiente para colegir que en efecto se encuentra ante un daño de naturaleza inminente, que por su gravedad requiera de la intervención impostergable del juez constitucional, limitándose a asegurar que no cuenta con estabilidad laboral y que colabora con el sustento de su familia, sin que en todo caso ninguno de sus dichos tuviera soporte en algún elemento de juicio para demostrar la existencia del perjuicio que requiere ser acreditado en esta instancia para desplazar la competencia del juez natural, máxime cuando dentro del mismo medio de control aludido por la demandante – el que aseguró, sin sustento alguno – no es eficaz en su caso, puede solicitar la suspensión provisional del acto, **“mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como una medida cautelar cuando una entidad vulnera de forma manifiesta los derechos del administrado”**, así se ha puntualizado:

“...tratándose de actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la acción de tutela es, por regla general, improcedente debido a que en la justicia contencioso-administrativa existen los mecanismos judiciales ordinarios para controvertir las decisiones que en el marco de tales concursos se profieren. 20. No obstante lo anterior, también se ha precisado que la regla general de improcedencia tiene dos excepciones, a saber: cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; y cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, este resulta ineficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Además, se ha precisado que (iii) el acto que se demanda no puede ser un acto de trámite, sino que debe tener la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, siendo además necesario que se produzca a raíz de (iv) una actuación administrativa irrazonable que vulnere alguna garantía constitucional... Al respecto, el Tribunal debía tener en cuenta que es obligación del juez de tutela -en cada caso concreto- evaluar la idoneidad y la eficacia de los diferentes medios ordinarios de defensa para valorar la posible vulneración de un derecho fundamental.^[52] De esta manera, en el presente caso, el Tribunal Superior de Medellín omitió analizar que el actor contaba con un medio judicial ordinario al cual podía acudir: las medidas cautelares previstas en el CPACA. Y frente a estas, debió determinar si constituían un mecanismo adecuado para salvaguardar los derechos del accionante, para de esta manera establecer la procedencia de la acción de tutela... 29. En relación con el análisis de la protección ofrecida por las medidas



cautelares en lo contencioso administrativo, se encuentra que estas últimas pueden ser de dos tipos: ordinarias o de urgencia.^[54] Estas últimas, a su vez, pueden ser adoptadas desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte. **De manera que la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción^[55], evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto y deba adoptarse la medida. Adicionalmente, la decisión es susceptible de los recursos respectivos...**²⁷. Pues bien, sobre la valoración de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia reciente de esta Corte^[53] ha establecido que estas han sido reformadas con la finalidad de ofrecer una mayor eficacia a la protección de los derechos fundamentales en los procesos que se desarrollan ante los jueces administrativos. Con base en estas razones, en la sentencia SU-355 de 2015 este Tribunal explicó que la nueva regulación en dicho campo es relevante para el examen de subsidiaridad que deben hacer los jueces de tutela... 59. Finalmente, la Sala considera que estas condiciones se encuentran cumplidas, pues **el accionante centra las manifestaciones de su inconformidad en apreciaciones personales sobre las razones de la respuesta, lo que no constituye una vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, las diferencias de fondo planteadas por el demandante respecto al procedimiento efectuado en el concurso de méritos, deberán ser discutidas mediante las acciones ordinarias ante la justicia contencioso-administrativa, pues el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela únicamente se restringía a la verificación de su utilización como mecanismo de protección transitoria.**³

No obstante lo anterior, encuentra el Despacho que atendiendo a los lineamientos jurisprudenciales anteriormente referenciados – dado el lugar ocupado por la accionante en la lista de elegibles- necesario resulta ahondar en el asunto, para determinar si la posición de las demandadas constituye en el presente caso una acción manifiestamente ilegítima, irracional o desproporcionada, que amerite la intervención del juez constitucional.

Sobre el particular, se encuentra acreditado en las diligencias, que el 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó a través de la Resolución 20182120142535 la lista de elegibles para proveer dos vacantes del empleo identificado con el código OPEC 61611 denominado Profesional Grado 2 del Sistema General de Carrera del SENA – ofertado en la Convocatoria 436 de 2017 -, en la que la accionante ocupó el cuarto lugar con un puntaje de 74,68, siguiendo a los

³ Sentencia T-386/16



señores ELKIN DARIO HERNANDEZ MONTOYA, RUTH MYRIAM BRAVO GRAZ y CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA, teniéndose que de acuerdo a las respuestas dadas por los demandados – aspecto que no discutiera la actora – las vacantes fueron provistas con quienes ocuparon la primera y segunda posición en la lista.

Ahora bien, se tiene que con posterioridad en cumplimiento del fallo proferido en la actuación de radicado 1100133360362021-00178-01 proferido por el JUZGADO 36 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA el 17 de junio de 2021 – confirmado en segunda instancia – a través del cual se ordenó a la CNSC y al SENA efectuar un estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados en el territorio nacional respecto del empleo relacionado con la OPEC 61988, consolidando luego de ello una lista de elegibles para ocupar los empleos no convocados que tuvieran equivalencia con los relacionados en la señalada OPEC y previo estudio del cumplimiento de requisitos mínimos se efectuara el nombramiento en periodo de prueba de los concursantes con mejor derecho en los cargos equivalentes no convocados al cual optaron – respetando el orden de elegibilidad de la lista que se conformara -, profirió la CNSC la Resolución 3604 del 25 de octubre de 2021 con la que consolidó la lista de elegibles para proveer dos vacantes del empleo denominado Profesional Grado 2 identificado con el código OPEC 165194 no convocadas y reportadas por el SENA con posterioridad al desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, de acuerdo a los puntajes obtenidos por cada uno de los aspirantes que no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder al empleo en que se inscribieron.

Se especificó en el acto administrativo proferido que las dos vacantes definitivas reportadas por el SENA con posterioridad al Acuerdo del 24 de julio de 2017, se generaron en la planta de personal de la entidad en fechas diferentes, precisando así que la Vacante N° 1 fue generada el 30 de marzo de 2017 en el Centro de Manufactura en Textil y Cuero del SENA ubicado en Bogotá, y la Vacante N° 2 fue generada el 31 de agosto de 2021 en el Centro de Tecnologías del Transporte del SENA ubicado en Bogotá; en el mismo



sentido, se aclaró que la vacantes del empleo equivalente podían ser provistas en estricto orden de mérito, en tanto se determinara que al respectivo aspirante le asistió la expectativa de ser nombrado en periodo de prueba con la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 – asunto al que se hará mención más adelante-, lo que implicaba **verificar la fecha de generación de las vacantes del empleo equivalente y el puntaje obtenido en la Convocatoria, siendo así que si la vacante se generó cuando la lista había perdido vigencia, para la fecha de generación del empleo el ciudadano no ostentaba la condición de elegible**, expidiendo la lista con los integrantes de los 89 listas de empleos equivalentes, en la que quedó la accionante en el segundo lugar, luego del señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA – que ocupó el primer puesto - y antes de la señora JEIMMY MONSALVE RANGEL – que tuvo la tercera posición-.

Así pues, conforme obra en la actuación, en la vacante número 1 se nombró al señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ RUEDA y en la vacante número 2 a la señora JEIMMY MONSALVE RANGEL, sin que en esta última se nombrara a la demandante – como ella misma lo indicó en el libelo – porque para la fecha de generación de la vacante ubicada en el Centro de Tecnologías del Transporte, su lista había perdido vigencia, circunstancia esta que guarda coherencia con la información consignada en la consolidación de la lista, pues de los dos cargos ofertados únicamente se encontraba vigente la lista de la demandante para aplicar a la vacante identificada con el número uno, en la que fue nombrado quien ocupó el primer lugar en la lista, ya que fue esta generada el 30 de marzo de 2017, esto es durante la vigencia de su lista – que perdió ejecutoria el 29 de noviembre de 2020, conforme se registra en consulta realizada en el Banco Nacional de Listas de Elegibles que reposa en la actuación⁴ -, sin que pudiera predicarse la misma situación en relación a la vacante número dos que se generó luego de su vigencia, esto es el 31 de agosto de 2021.

⁴ Archivo 10 Expediente Digital



Ahora bien, estima el Despacho que con la actuación relacionada se cumplió la orden impartida en el fallo de tutela proferido, siendo así que según reposa en la actuación mediante Resolución 11-07314 del 18 de noviembre de 2021, la Subdirectora del Centro de Manufactura en Textil y Cuero **efectuó el nombramiento** en periodo de prueba del señor CESAR AUGUSTO QUIÑONEZ, quien **tomó posesión del cargo el 1 de diciembre de 2021**, presentando este con posterioridad su renuncia a partir del 1º de enero de 2022.

En este punto es de advertir que confunde la accionante en su exposición, el que la vacante del cargo en el que fue nombrado el señor CESAR AUGUSTO, se generara el 30 de marzo de 2017 – por lo que aun teniendo la misma vigencia de su lista, pudo ser proveído con el, situación ajustada al debido proceso pues pese a ser reportado fuera de tiempo se tuvo en cuenta para la aplicación al cargo la fecha en que se generó la vacante de cara a la vigencia de la lista -, situación administrativa que varió con posterioridad, al ser este efectivamente nombrado en el cargo y habiendo tomado posesión del mismo, sin que en su caso se presentara ninguna de las causales contenidas en el artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 1083 de 2015 para la derogatoria de su nombramiento ⁵, así como tampoco para su revocatoria – artículo 2.2.5.1.13 -, siendo así que el cargo quedó definitivamente vacante en esta oportunidad una vez tuvo lugar la aceptación de su renuncia ⁶, esto es el 1º de enero de 2022, fecha para la cual no se encontraba ya vigente la lista de la demandante – que se reitera perdió su fuerza ejecutoria el 29 de noviembre de 2020 - .

Aclarado lo anterior, es igualmente importante destacar que equivocado resulta entender que la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 – fundamento

⁵ **ARTÍCULO 2.2.5.1.12 Derogatoria del nombramiento.** La autoridad nominadora deberá derogar el nombramiento, cuando:

1. La persona designada no manifiesta la aceptación del nombramiento, no acepta, o no toma posesión del empleo dentro de los plazos señalados en la Constitución, la ley o el presente Título.
2. No sea viable dar posesión en los términos señalados en el presente Título.
3. La administración no haya comunicado el nombramiento.
4. Cuando la designación se ha hecho por acto administrativo inadecuado.

⁶ **ARTÍCULO 2.2.5.2.1 Vacancia definitiva.** El empleo queda vacante definitivamente, en los siguientes casos: 1. Por renuncia regularmente aceptada.(...)



este de los fallos referenciados por la accionante – según la cual a pesar de ser la expedición de este norma posterior a la lista de elegibles, se aplicaría esta para las personas que ocupan un lugar en la lista pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, pueda implicar el que la vigencia de las listas se prorrogue en el tiempo de manera indefinida a la espera de situaciones administrativas que puedan ocurrir o no – como lo indica la accionante al señalar que si antes se hubieran ofertado los cargos y probablemente hubiese renunciado como lo hizo, quien fue nombrado, habría podido posesionarse, manifestaciones estas que solo representan supuestos de hecho que pudieron o no presentarse, siendo lo cierto que quien ostentaba el derecho para la fecha del nombramiento, se posesionó en el cargo y renunció después, por lo que la fecha en que se generó la vacante fue posterior al vencimiento de la lista de la accionante -, siendo así que de manera alguna la aplicación de tal efecto implica extender la fuerza ejecutoria de las listas de elegibles, así lo puntualizó la H. Corte Constitucional al analizar el asunto:

“Con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, 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.**”⁷

En igual sentido, contempla del Decreto 1083 de 2015

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. PARAGRAFO 1 Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004

⁷ Sentencia T 340 de 2020



y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”

Es de ver además, que desde proferido el mentado acto administrativo – Resolución 3604 de 2021 -, conocía la accionante que no podría optar por ninguno de los dos cargos ofertados, si es que en la vacante uno se posesionaba el primero de la lista, siendo como es que a lo anotado en antelación se suma que en la parte Resolutiva del mismo, se precisara “La anotación “NV” indica que para la fecha de generación de la vacante, la Lista de Elegibles no se encontraba vigente, mientras que la referencia “VI” indica que para ese momento la Lista de Elegibles del empleo equivalente se encontraba vigente, **por lo que el correspondiente elegible de acuerdo a su orden de mérito, podrá participar en la audiencia pública de escogencia de empleo respecto de la vacante o vacantes identificadas con la denominación “VI”,** por lo que no cabiendo contra tal determinación recurso alguno – conforme se precisara en la misma – pudo acudir a la acción de nulidad y restablecimiento, y solicitar la suspensión provisional del acto, lo que de acuerdo a la narración contenida en la demanda no hizo, pretendiendo cuestionar ante esta instancia, - un año después - la manera en que se consolidan los nombramientos de cara a la vigencia de su lista, cuando según lo indica no se reportó el cargo a tiempo, oportunidad que devino en que esta perdiera su fuerza ejecutoria, asunto que en todo caso debió haber cuestionado la demandante ante el juez natural, pues incluso bajo ese mismo entendido no fue nombrada para la vacante número dos, pese a ocupar el segundo lugar en la lista, gestión que no se ocupó de realizar como le correspondía, omitiendo que “la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador, **para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional.** Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional” ⁸, razón de más para concluir la improcedencia del amparo siendo como es que “la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de los derechos. **De**

⁸ Sentencia T-384/09,



hecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a través de la acción de amparo no es admisible la pretensión orientada a revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor... Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir **oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios**⁹, así se ha puntualizado al determinar los presupuestos para determinar la prosperidad del amparo deprecado tratándose de la acción de tutela contra actos expedidos por la administración:

“Al estudiar la procedencia de la acción, el juez debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales, que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de los actos administrativos y de las providencias judiciales: **(i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela ... lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo o de una sentencia judicial, es la concurrencia de tres situaciones: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) el requisito sine que non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.** En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio”

Se desprende de lo anteriormente referenciado, que en efecto la posición de las demandadas cuestionada a través de esta vía, encuentra suficiente soporte normativo y jurisprudencial, sin que ningún atentado contra el principio

⁹ Sentencia T 237 de 2018



de confianza legítima puede colegirse en esta instancia, cuando conocía desde tiempo atrás la demandante que su lista había perdido vigencia y que en ese sentido aun con la retrospectividad de la ley a la que se hizo alusión, no podría optar a vacantes generadas con posterioridad a la fuerza ejecutoria de esta.

Es de advertir igualmente que no se vislumbra la afectación de su derecho al acceso a cargos públicos y al trabajo, cuando tuvo la demandante la oportunidad de inscribirse y participar en el concurso, garantizándose además su debido proceso con el adelantamiento de las actuaciones que dieron lugar a la publicación de la lista de elegibles, y luego al ofrecimiento de dos vacantes equivalentes a las reportadas, sin que por su posición en la lista fuera titular de algún otro derecho, tratándose de una mera expectativa hasta tanto obtuviera el puntaje necesario para ocupar la vacante, sin que en lo tocante al derecho a la igualdad pusiera de presente con especificidad el que otra persona en sus mismas condiciones se le hubiese dado un trato diferente –más favorable – como para que procediera su amparo, el que habrá de ser denegado al verificarse el vencimiento de la vigencia de la lista de elegible de la accionante, así se ha precisado:

“...De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador. En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión...”¹⁰

¹⁰ Sentencia T-257/12



En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA (Sder), administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela interpuesta la señora NHORA MILENA MANTILLA RAMÓN contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SENA, por la presunta violación a sus derechos a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO y ACCESO A CARGOS PUBLICOS

SEGUNDO: De no ser impugnado el presente fallo, envíese en el término de Ley a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JUDITH BERNAL DE VALDIVIESO
Juez