

Señor (a)

JUEZ ADMINISTRATIVO DE BUCARAMANGA – SANTANDER

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/TutelaEnLinea>

CENTRO SERVICIOS ADMINISTRATIVOS - BUCARAMANGA SANTANDER

cseradenvigado@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF.: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: HERNANDO SARMIENTO RRANGEL en nombre propio.
ACCIONADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

Por tener un posible interés en el resultado de la tutela como se explicará en los hechos, se solicita al despacho vincular a los elegibles de la lista y a los provisionales con la colaboración de las entidades demandadas, quienes pueden comunicar el trámite de esta tutela.

TERCEROS CUYA VINCULACIÓN SE SOLICITA A TRAVÉS DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS: Con la colaboración de la SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) las nueve personas nombradas en Provisionalidad en el empleo profesional grado 2, Código de inscripción No.105234866 de nivel profesional con denominación. En el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA).

HERNANDO SARMIENTO RANGEL, ciudadano en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma del presente escrito, actuando en nombre propio, llego a su Despacho Judicial en virtud de la presente **ACCIÓN DE TUTELA** para solicitar el amparo de mis derechos fundamentales al **ACCESO A CARGOS PÚBLICOS POR MERITOCRACIA** (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), **IGUALDAD** (art. 13 constitucional), **DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO** (art. 29 constitucional), **TRABAJO**(art. 25 constitucional) **EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**, y los **DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS** (art. 44 constitucional) de mi menor hijo **EMMANUEL FABIÁN SARMIENTO GÓMEZ** por su dependencia económica de mi trabajo, vulnerados por la omisión y negligencia del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-**. Lo anterior conforme se pasará a exponer a continuación.

I. HECHOS Y RAZONES JURÍDICAS PARA AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS:

1. Me presenté en el Concurso de Méritos en el año 2017 me inscribí a la Convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA con número de la opec 61854 asignación salarial: \$3621747 con Código de inscripción No.105234866 de nivel profesional Grado 2 (-de una vacante al momento del concurso-), quedando en el Trece (13) lugar de la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182120144295 DEL 17-10-2018 de la CNSC, la cual tiene vigencia de apenas dos años, estando en este momento vigente.
2. En aras de proteger el principio constitucional del mérito como los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y al trabajo, así como evitar las viejas prácticas clientelistas colombianas, el Legislador a través del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004 -general de carrera administrativa- y dispuso una nueva norma en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, ordenando que se debía nombrar con las

listas de elegibles vigentes tanto los cargos convocados en el concurso como aquellas **“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”**. Así lo señala textualmente la norma en cita:

“Artículo 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)

4. 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 mérito 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 del concurso en la misma Entidad.”**

3. Sobre dicha nueva disposición normativa de la Ley 1960 de 2019 anteriormente citada, la **CORTE CONSTITUCIONAL** en su jurisprudencia análoga a este caso sentada en la Sentencia T-340 de 2020 señaló que se **debía aplicar de manera retrospectiva para aquellos elegibles de concursos que se hubiesen iniciado antes de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, -como ocurre en el caso bajo estudio-**. Esto dijo textualmente la Corte al respecto en la sentencia del año pasado citada:

“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.”

4. El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, según la respuesta dada a mis insistentes peticiones, con fechas de respuesta del 24 de noviembre de 2022 (que se anexa como prueba), me informó que del cargo nivel profesional Grado 2 (para el cual estoy en lista de elegibles) **existen actualmente 155 cargos, de los cuales 58 están nombrados en provisto activo , 5 en vacante temporal aclarando que de esos cargos fueron reportados para proveer mediante concurso de méritos Convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA con número de la opec No. 61854 en su planta de personal, las cuales están cubiertas por personas que no tienen derechos de carrera, a pesar de haber lista de elegibles vigente.**
5. El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA según la respuesta dada a mi petición del 24 de noviembre del 2022, **está violando** el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que adicionó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, **el cual ordena que se debe nombrar de la lista de elegibles vigente tanto los cargos convocados en el concurso como aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la**

convocatoria del concurso en la misma Entidad.” pues existen actualmente 63 vacantes definitivas del cargo de nivel profesional Grado 2 en su planta de personal, las cuales están cubiertas por personas que no tienen derechos de carrera, a pesar de haber o existir lista de elegibles vigente, está probada la existencia de nueve vacantes definitivas adicionales a las ofertadas originalmente en el concurso, por lo que estas deben ser ocupadas en carrera administrativa por los siguientes nueve integrantes de la lista vigente, en orden meritocrático.

6. Es evidente que hay 58 cargos de la misma denominación, jerarquía, asignación básica mensual, estudio, experiencia, en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA del cargo para el cual concursé cuya vacancia definitiva se dio con posterioridad al Concurso de Méritos TERRITORIAL 2017 – SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), lo que obliga la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL sentada en la Sentencia T-340 de 2020, tanto al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA como a la CNSC a proveer dichas vacantes con la lista de elegibles vigente y hacer uso de ella por respeto a los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y al trabajo de quienes ocupamos un lugar de elegibilidad en ella.
 7. A la fecha no he sido llamado o convocado a aceptar el cargo de Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA con número de la opec No. 61854 , a que tengo derecho, ya que me encuentro en la lista elegibles RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182120144295 DEL 17-10-2018, tengo el derecho a uno de los 58 cargos que se encuentran en **58 están nombrados en provisto activo , 5 en vacante temporal** , categoría opec 61854 con Código de inscripción No.105234866 de nivel profesional Grado 2 en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE(SENA), **especialmente sobre uno de los dos cargos generados posteriormente.**
 8. Lo anterior prueba que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE(SENA), y en particular su Oficina de talento Humano y desarrollo organizacional, **está violando** el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que adicionó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, **el cual ordena que se debe nombrar de la lista de elegibles vigente tanto los cargos convocados en el concurso como aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”**. Sumado a esta omisión, dicha entidad manifestó su intención de negligencia a cumplir con su obligación legal de nombrar de la lista de elegibles vigente al señalar en la respuesta del 20 de Enero del 2022 de una de mis peticiones que: **“en este orden de ideas es importante hacer hincapié en la utilización de la lista de elegibles para cargos equivalentes solo era aplicable frente a convocatorias posteriores al 27 de junio de 2019, fecha en la que fue publicada la ley 1960 de 2019, de modo que reiteramos la norma vigente aplicable a la convocatoria 1010 de 2019 es la ley 909 de 2004 sin las modificaciones que surtieron con posterioridad a saber.....**
- Así pues, la utilización de la lista de elegibles resultante de la convocatoria. 436 de 2017 durante su vigencia, solo era utilizada para proveer de manera exclusiva las vacantes definitivas que generaron en los mismos empleos y no en empleos equivalentes.”***
9. Sobre la situación jurídica de a quién se debe nombrar en el evento que se generen más vacantes definitivas en el mismo cargo que inicialmente no se hubieron ofertado en el concurso, habiendo una lista de elegibles vigente, ordenó la **CORTE CONSTITUCIONAL** en la citada Sentencia T-340 de 2020 **que se debe nombrar a quien siga en orden de elegibilidad por**

respeto a sus derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo. Esto dijo la citada sentencia constitucional:

“3.7.4. En el caso concreto del accionante, la Corte considera que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a aplicar directamente la lista de elegibles, por las siguientes razones:

i. El 3 de julio de 2019, fecha en la cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia de segunda instancia, ya se había expedido la Ley 1960 del año en cita.

ii. En esa misma fecha la lista de elegibles continuaba vigente, comoquiera que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, es decir, venció el 30 de julio de 2020.

iii. De conformidad con la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal San Gil, regional Santander, el accionante era el siguiente en el orden, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente.

iv. El cargo en el que solicita ser nombrado el señor Ángel Porras se encontraba en vacancia definitiva y estaba provisto en encargo, tal como lo reconoce el ICBF en la contestación de la acción de tutela.

v. El referido cargo tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, además de presentarse en el centro zonal de San Gil, regional Santander, hecho que no fue controvertido por las partes durante el trámite de la acción de tutela.”

Incluso sobre lo anterior, la **CNSC** emitió criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, refiriéndose al *“uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, que en Sala Plena del 06 de agosto de 2020 aprobó complementar con aclaración del concepto *“mismo empleo”*, señalando en el inciso primero de la página 3 del referido criterio unificado que incluso esta ley debía aplicarse para los concursos que se hubiesen convocado antes de su vigencia como sucede en el presente caso. Esto dijo la **CNSC** en la complementación de su criterio unificado sobre el *uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*:

*“De conformidad con lo expuesto, 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”; **entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, 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.**”*

También se tienen los **conceptos 159231 de 2021 y 339461 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública** reitera lo ordenado por la Corte Constitucional de Colombia, frente al el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley [1960](#) de 2019, que 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 de la ley, además de reiterar que 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

10. Es evidente que hay 63 cargos de la misma denominación, jerarquía, asignación básica mensual, estudio, experiencia, en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) del cargo para el cual concursé cuya vacancias se generaron posteriormente al Concurso de Méritos - Convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA con número de la opec 61854 , **específicamente los 58 cargos generados posteriormente a la suscripción de la** Convocatoria No. 436 de 2017, lo que obliga por la Ley 1960 de 2019 y la jurisprudencia de la **CORTE CONSTITUCIONAL** sentada en la Sentencia T-340 de 2020, tanto al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA como a la **CNSC** a proveer dichas vacantes con la lista de elegibles vigente y hacer uso de ella por respeto a los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y al trabajo de quienes ocupamos un lugar de elegibilidad en ella.
11. No pretendo un restablecimiento de derechos de carácter económico que es lo que se persigue con una demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho, sino el goce efectivo de mis derechos fundamentales al trabajo y acceso a cargos públicos por meritocracia, por lo que esta tutela, **como lo ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL en su Sentencia T-059 de 2019 resulta procedente**, sumado a los pronunciamientos citados en el acápite inicial. Esto señaló en el pronunciamiento de 2019:

“En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico[75].”

12. Los concursos de méritos en Colombia tienen protección de carácter constitucional, debido a que los empleos públicos se surten privilegiando el mérito y la oportunidad, es así como en el artículo 125 de la Constitución Política se establece:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)”

13. La **CNSC** en Circular Externa No. 001 de 2020 dando instrucciones para la aplicación del criterio unificado *“uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes”* en su numeral 3 indica respecto de la responsabilidad del Jefe de personal por la no solicitud de uso de la lista de elegibles en vacantes definitivas para los “mismos empleos”:

“El Jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces deberá solicitar a esta Comisión Nacional la autorización para el uso de las listas de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los “ mismos empleos” identificados con un número OPEC.

(...)

*Finalmente se recuerda que tanto el representante legal de la entidad y el jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces serán los responsables del reporte de la OPEC y **que el no reporte oportuno del mismo constituye una omisión administrativa que podrá ser sancionada por la CNSC**, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004”.* (subrayado fuera del texto original).

14. No obstante esta instrucción de la misma **CNSC**, esta entidad **hizo caso omiso** a la vigilancia en mi nombramiento en periodo de prueba, por lo que dicha Comisión no está cumpliendo su labor de policía de la carrera administrativa, **siendo necesaria entonces la intervención del juez constitucional de tutela.**
15. Es de vital importancia aclarar que la lista de elegibles tiene una vigencia corta en el tiempo de apenas dos años desde su firmeza (conforme el Art. 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004), lo cual, como lo ha señalado la **CORTE CONSTITUCIONAL** en el precedente de la Sentencia T-133 de 2016, ante la premura del tiempo, es otra de las causales de la procedencia de la Acción de Tutela en estos casos, superándose el requisito de subsidiariedad frente a un proceso contencioso administrativo demorado y cuya pretensión sería de orden económico y no del ejercicio del cargo a que tengo derecho, **desamparándose así mis derechos fundamentales en caso de desconocer los pronunciamientos constitucionales de procedencia de la acción de tutela en estos casos.**
16. Tengo un **derecho adquirido a ser nombrado y posesionado** en periodo de prueba, el cual está dentro de mi patrimonio conforme el artículo 58 constitucional, -y no una mera expectativa-, al estar la lista de elegibles en firme, **según lo ha señalado el precedente jurisprudencial unificado de la CORTE CONSTITUCIONAL**, contenido en la **Sentencia SU-913 de 2009** (pág. 145):

“CONCURSO DE MERITOS-Quien se encuentre en lista de elegibles tiene un derecho adquirido que debe ser respetado

LISTA DE ELEGIBLES-Acto administrativo mediante el cual el participante adquiere un derecho particular y concreto

*Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, **crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.***

(...) Pág. 145 de la Sentencia:

*En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto **acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior**, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden*

ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y **siempre que medie indemnización previa del afectado.**

(...)

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en 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.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona. (...)

17. El acceso a la carrera administrativa es un **derecho fundamental** como lo consagra el numeral 7 del artículo 40 de nuestra Constitución Política, el cual es de **inmediata aplicación** como lo señala el artículo 85 de la misma carta política. Por lo tanto, la omisión de los nombramientos de las listas de elegibles comporta una violación directa tanto a esta clase de derechos como al sistema democrático mismo, teniendo en cuenta que el principio meritocrático fue consagrado en la Carta de 1991 como una forma de combatir fenómenos como el clientelismo, el nepotismo y otros que le hacen tanto daño a nuestro sistema democrático.
18. De igual forma, con la protección de mis derechos al trabajo y acceso a cargos públicos a que por meritocracia tengo derecho, se ampararían igualmente los derechos fundamentales de los niños a que es acreedor mi menor hijo EMMANUEL FABIAN SARMIENTO GOMEZ, quien depende económicamente del sustento que proveen los ingresos de mi trabajo al estar desempleada su señora madre. Anexo su registro de nacimiento.

II. PRETENSIONES:

- (i) Ruego al Juez Constitucional de Tutela amparar mis derechos fundamentales de **ACCESO A CARGOS PÚBLICOS POR MERITOCRACIA** (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), **IGUALDAD** (art. 13 constitucional), **TRABAJO** (art. 25 constitucional), **DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO** (art. 29 constitucional), el principio de protección constitucional de la **CONFIANZA LEGÍTIMA**, conforme lo establecido en los diferentes pronunciamientos judiciales que se citaron, incluso como lo dispone la Jurisprudencia Unificada de la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009 y los **DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS** (art. 44 constitucional) de mi menor hijo EMMANUEL FABIAN SARMIENTO GOMEZ por su dependencia económica de mi trabajo.
- (ii) Que en concordancia con lo anterior, se ordene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA realizar mi nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de profesional Grado 2 con número de la opec 61854 Código de inscripción No.105234866 de nivel adscrito al sistema general de carrera del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA a que tengo derecho conforme la lista de elegibles de la RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182120144295 DEL 17-10-2018 de la **CNSC**, todo lo anterior conforme el deber normativo del **artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, sin más dilaciones y omisiones por fuera de derecho.**

- (iii) Se ordene a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** a realizar y autorizar el trámite para uso de la lista de elegibles y exhortarla a que ejerza su función de inspección, vigilancia y control sobre los cargos de carrera administrativa del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, de manera que sancione la omisión del deber del Jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces de solicitar a la **CNSC** la autorización para el uso de las listas de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los “mismos empleos” identificados con un número OPEC, conforme el deber legal del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que por su incumplimiento va en detrimento del principio constitucional del mérito (Art. 125 constitucional) y el derecho fundamental de acceso a cargos públicos (Art. 40.7 constitucional).

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL ELEGIBLE DE UN CARGO EN LISTA EN FIRME POR CONCURSO DE MÉRITOS SEGÚN EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: MECANISMO PRINCIPAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL TRABAJO Y AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

Según lo ha señalado el precedente jurisprudencial de la **CORTE CONSTITUCIONAL** en la Sentencia T-340 de 2020, la Acción de Tutela resulta procedente como “mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos” de aquellas personas que nos encontramos para proveer un cargo de carrera dentro de una Lista de Elegibles de Concurso de Méritos, y no la vía ordinaria del Contencioso Administrativo pues no la hay como se explicará a continuación citando también la **Sentencia T-133 de 2016**.

Señaló la **CORTE CONSTITUCIONAL** en su reciente Sentencia T-340 de 2020 sobre la procedencia de la tutela para ordenar el nombramiento de un elegible:

*“En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas. Por lo demás, respecto de la primera, la negativa de nombrar y posesionar al accionante en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, está vinculada con la función de administrar su planta de personal. Ahora bien, respecto de la Comisión, la Sala encuentra que la pretensión del actor se fundamenta en su posición en la lista de elegibles adoptada en Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018, por lo que, su eventual uso para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución¹³ y de la ley¹⁴, es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.
(...)”*

*Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como **mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos [26]**, en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:*

*En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, **por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó, aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública.** Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el “(...) **principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces,***

trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales”[27].

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, **los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que “(...) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta”**. Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.

En tercer lugar, como ya se dijo, **la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica.** Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica[28].

Lo anterior, en línea con la solicitud formulada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para la cual, desde la óptica constitucional, no se ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar esas precisiones.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas invocadas como vulneradas[29]. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado[30], **sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución**, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, **contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará “en estricto orden de méritos” para cubrir “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”**, únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa[31], en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa[32], por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor[33], hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados. Por esta razón, se procederá a plantear el problema jurídico bajo examen y a determinar los aspectos que serán objeto de evaluación por parte de este Tribunal, con base en los cuales se adelantará el examen del caso concreto.

En dicho sentido concluyó la **CORTE CONSTITUCIONAL** en su **Sentencia T-059 de 2019**:

18. Particularmente, 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**[74]. En ese sentido, **la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico**[75].

(...)

24. Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.

25. Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste[78], al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución.

Igualmente esto señala la **Sentencia T-133 de 2016**:

“ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo idóneo para la protección derechos fundamentales de concursante que ocupó el primer lugar en concurso de méritos pero no fue nombrado en el cargo público. La tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.”

(...)

“12.- A pesar de que, como se vio, el actor cuenta con un mecanismo ordinario para obtener la modificación o revocatoria del acto administrativo denunciado, se tendrá por cumplido el presupuesto de subsidiariedad en el presente caso, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, según la cual **la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.**”

En efecto, la **sentencia SU-133 de 1998** cambió la tesis sentada en la **sentencia SU-458 de 1993** relacionada con la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se transgreden los derechos de quien, a pesar de ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, no es designado en el cargo que motivó el concurso de méritos. En la sentencia que efectuó el cambio jurisprudencial referido, la Corte aludió a las consideraciones de algunos fallos de revisión en los que se había advertido la insuficiencia de los mecanismos ordinarios en la hipótesis descrita e indicó que:

“(…) esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, **no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.**”

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces

en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

Las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos del primero de la lista de elegibles que no es designado en el cargo se han reiterado en diversas oportunidades por esta Corporación. Así, por ejemplo, la **sentencia T-606 de 2010** que estudió la solicitud de amparo presentada por un accionante que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y no fue designado por el nominador, quien, en su lugar, nombró al segundo de la lista de elegibles, indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

“(…) en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.”

En el mismo sentido, en la **sentencia T-156 de 2012** que analizó la afectación de los derechos al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos de una concursante que, tras ocupar el primer lugar de la lista de elegibles para la selección de un cargo público, vio afectada su designación como consecuencia del acto de suspensión de la firmeza de la referida lista. La Corte indicó respecto a la subsidiariedad que: “las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso”.

Asimismo, la **sentencia T-402 de 2012** estudió el caso de una accionante que superó todas las etapas del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer un cargo en el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja; ocupó el primer lugar en la lista de elegibles y no fue nombrada por la entidad nominadora por la supresión del cargo. En esa ocasión se consideró procedente la acción de tutela, **dado que los mecanismos ordinarios al alcance de la afectada no permitían una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión.**

13.- De los precedentes referidos se advierte que la procedencia de la acción de tutela frente a actos como el que se ataca en esta oportunidad merece consideraciones especiales relacionadas con: (i) el escenario en el que se emite el acto que niega la designación, que corresponde a un concurso de méritos para la provisión de cargos públicos –artículo 125C.P.-; (ii) el estado del proceso en el que se emite el acto, pues se han agotado diversas etapas por las que transitaban los aspirantes y que, en el caso de quien ocupa el primer lugar, se superaron de forma exitosa; (iii) la expectativa legítima sobre la designación de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos; (iv) el impacto que se causa en el derecho a desempeñar un cargo público cuando la vigencia del nombramiento corresponde a periodos cortos e institucionales y (v) el impacto sobre el derecho a ser designado en un cargo público en los casos en los que las vigencias de las listas de elegibles son cortas.

14.- Las referidas circunstancias, consideradas en múltiples oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación, llevan a la Sala a tener por cumplido el requisito de subsidiariedad en este caso, pues, en verdad, las acciones ordinarias con las que cuenta quien ocupó el primer puesto en el concurso de méritos no resultan idóneas para la protección de los derechos que pueden resultar afectados como consecuencia de la falta de designación en el cargo correspondiente, máxime cuando en el presente caso la negativa se emitió respecto al empleo de un aspirante a integrar la Comisión Nacional del Servicio Civil que, según lo previsto en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, tiene un periodo institucional de 4 años, el cual está corriendo desde el 7 de diciembre de 2014.”

Así las cosas, este mecanismo constitucional resulta procedente en este momento para la protección de mis derechos fundamentales vulnerados al **ACCESO A CARGOS PÚBLICOS POR MERITOCRACIA** (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), **IGUALDAD** (art. 13 constitucional), **TRABAJO** (art. 25 constitucional), **DEBIDO PROCESO** (art. 29 constitucional) y el principio de protección constitucional de la **CONFIANZA LEGÍTIMA**, pues las demandadas **no han efectuado el nombramiento y posesión en periodo de prueba pese a que soy elegible dentro de una Lista y existen cargos con vacancia definitiva que no se han cubierto con la misma**, sumado a que ya transcurrieron los 10 días máximos que tenía la

entidad para realizar dicho acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, conforme lo dispuesto por el **artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015**.

Como corolario y reiterando lo dicho, pese a que existan otros medios de protección judicial de mis derechos, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de mis derechos fundamentales vulnerados teniendo en cuenta mi **Perjuicio irremediable, como bien a dicho** La Corte Constitucional en precisar que no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, sino que sólo algunas situaciones cualificadas adquieren esa entidad. De esta manera, en primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, que para mi caso se configuraría con la expiración de la vigencia de la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. 10399 del 16 de Noviembre de 2021 de la **CNSC**, la cual tiene vigencia de apenas dos años, este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica que para mi caso sería la improcedencia de mi nombramiento en periodo de prueba si se hiciera después del 17 de octubre del 2020, por el vencimiento de la vigencia de la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. 10399 del 16 de Noviembre de 2021 de la **CNSC**. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso, que para mí caso no sería otra que el hecho de la exclusión de la procedencia de la acción de tutela me llevaría a que, iniciara trámite en lo contencioso administrativo y al momento de proferirse una decisión definitiva en dicha sede, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, yo no podría ocupar el cargo al que tengo derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía de la constitución, la ley y la protección eficaz y oportuna de mis derechos fundamentales, y que se supone es una obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica; Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable, pues como lo manifestado en reiteradas oportunidades la Corte constitucional al establecer que la tutela desplaza a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el paso del tiempo convierte en más gravosa la afectación de los derechos fundamentales, porque la prolongación del procedimiento contencioso afectaría desproporcionadamente el ejercicio efectivo de dichos derechos y porque para el momento en que el juez contencioso adopte una decisión, el ejercicio pleno del derecho fundamental vulnerado no puede restablecerse, y esta situación sólo puede ser resarcida económicamente.

PRUEBAS

Documentales que se aportan:

- i) Lista de elegibles RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182120144295 DEL 17-10-2018 de la CNSC conformada para el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA de la **CNSC**.
- ii) Respuesta dada a mis peticiones, con fechas de respuesta del 24 de noviembre de 2022 y los respectivos soportes (Excel y documentos) que prueba la existencia de las vacantes definitivas adicionales a las ofertadas originalmente en el concurso.

- iii) Registro civil y TI de nacimiento de mi menor hijo EMMANUEL FABIÁN SARMIENTO GÓMEZ.
- iv) Criterio unificado de la **CNSC** sobre el "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" y su complemento en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" del 16 de enero de 2020.
- v) Conceptos 159231 de 2021 y 339461 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

IV. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DENTRO DEL TÉRMINO RAZONABLE

Considerando que no han transcurrido más de dos meses desde que me enteré de la omisión y negligencia que vulnera mis derechos fundamentales, estoy dentro del término razonable para la presentación de la demanda de tutela que ha señalado la jurisprudencia de la **CORTE CONSTITUCIONAL**.

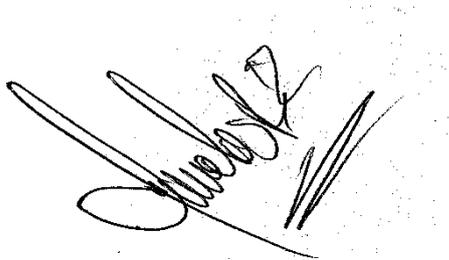
V. MANIFESTACIÓN BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no he presentado otras acciones de tutela por los mismos hechos y pretensiones de la presente.

VI. NOTIFICACIONES

- Al suscrito por el medio que el despacho considere más expedito, en el correo electrónico hesr19@yahoo.com.ar
- Al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA en el correo electrónico de notificaciones judiciales que aparece en su página web: judicialdirecciong@sena.edu.co
- A la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-** en el correo electrónico de notificaciones judiciales que aparece en su página web: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Cordialmente,



HERNANDO SARMIENTO RANGEL
C.C. No. 91.346.135 de Piedecuesta Santander
T.P. No. 306148 del CSJ

