



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
ITAGÜÍ

Veintinueve de marzo de dos mil veintitrés

SENTENCIA: N° 034
PROCESO: Acción de Tutela
RADICADO ÚNICO NACIONAL: 05 360 31 03 002 2023 00066 00
DEMANDANTE: JAIME ALBERTO CARDONA LONDOÑO,
DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-
SENA y la COMISIÓN NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL CNSC
DECISIÓN: NIEGA TUTELA

ANTECEDENTES

Por reparto realizado a través del Centro de Servicios Administrativos de la localidad, arrió a este Despacho Judicial la presente ACCIÓN DE TUTELA instaurada por JAIME ALBERTO CARDONA LONDOÑO, identificado con cédula de ciudadanía número 70.142.863, frente a SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, por considerar vulnerando el derecho al trabajo, vida digna, debido proceso, buena fe y confianza legítima.

HECHOS

Indica el accionante que se presentó a un concurso de mérito “Convocatoria 436 de 2017”, producto de esta, la CNSC expide la Resolución de lista de elegibles 20182120189115 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (01) vacante de la OPEC No 59837, con la denominación de: “instructor, código 3010, grado 1”, donde el accionante ocupó el lugar número (3) de elegibilidad, con 60,75 puntos definitivos en la convocatoria.

Con posterioridad a esta convocatoria, el SENA creó cargos temporales con la Denominación “INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1”, en razón de lo cual, varios participantes de la “Convocatoria 436 de 2017” han solicitado al SENA que hiciera uso de la lista de elegibles expedida mediante Resolución 20182120189115 del 24 de diciembre de 2018 para suplir dichos cargos, situación que es atendida de manera negativa.

Indica el accionante que, también realizó peticiones infructuosas a la CNSC, siendo que con posterioridad a la expedición de las listas de elegibles de la referencia, se generaron varias vacantes temporales y sin embargo ni el SENA ni la CNSC, hicieron

uso de lista de elegibles, a efectos de nombrar en los cargos temporales. Ello pese a que la planta temporal del SENA amplió su vigencia el 10 de julio de 2019, mediante decreto No 1217 del Ministerio del Trabajo y era un deber legal cubrir todas las 800 vacantes temporales con las listas de elegibles vigentes del Sena -según la Sentencia C-288/14-.

Aduce el accionante que en el año 2021 el Sena y la CNSC le notifica respuesta a una de sus solicitudes, donde “dan cumplimiento parcial a su petición” ofreciendo a los concursantes -incluyéndolo-, un cargo vacante entre muchos que se encuentran individuales; sin embargo, indica que, le es imposible ubicarse ya que no pertenece a grupo de contratación,

Finalmente infiere, las accionadas no realizaron la audiencia pública que indica la sentencia C288 de 2014.

Solicita: Que, se tutelen la garantía y efectividad de la protección de los derechos a la, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, así como a los principios de CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA y los que el despacho considere pertinentes, vulnerados o amenazados, y se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento, Ordenar a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales. Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito, en caso de que el tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal. ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante proveído del 17 de marzo de 2023 se admite la acción de tutela, concediéndole el término de dos días a la parte accionada para que se pronuncie al respecto.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS:

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

Manifiesta la entidad que el accionante JAIME ALBERTO CARDONA LONDOÑO se presentó a la OPEC 59837 correspondiente al empleo INSTRUCTOR - ÁREA TEMÁTICA USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, cargo para el cual se encuentra nombrado en carrera administrativa el señor CARLOS FELIPE NEGRETE PETRO en cuanto ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, en este sentido, para la OPEC 59837 no se encuentra persona nombrada en provisionalidad.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado **Instructor**, Código **3010**, Grado **1**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. **59837**, así:

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	1064999036	CARLOS FELIPE	NEGRETE PETRO	71.80
2	CC	91075569	JORGE ALIRIO	BARBOSA REMOLINA	65.04
3	CC	70142863	JAIME ALBERTO	CARDONA LONDOÑO	60.75

El accionante expone en su argumentación una mezcla entre los empleos de planta temporal y los empleos equivalentes que buscan ser suplidos en virtud del mérito en el marco de la carrera administrativa, sin considerar que cada uno tiene una naturaleza jurídica distinta, para lo que refiere:

“EMPLEOS PLANTA TEMPORAL Respecto a la naturaleza de los empleos de la planta temporal se indica que mediante el Decreto 553 del 30 de marzo de 2017, se creó para el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA una planta de Empleos Temporales conformada por ochocientos (800) cargos de los niveles Profesional e Instructor, con vigencia desde el 17 de julio de 2017 al 31 de diciembre de 2017. Que el Decreto 1433 de 2017 "Por el cual se modifica el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA y se dictan otras disposiciones", suprimió las denominaciones de empleos pertenecientes a los niveles Asesor, Profesional, Técnico y Asistencial establecida para el SENA por el Decreto 1426 de 1998 (modificado por los Decretos 248 de 2004 y 1730 de 2006), señaló una nueva nomenclatura para los cargos de esos niveles ocupacionales, estableció las equivalencias entre la anterior y la nueva nomenclatura y clasificación

de empleos y fijó una nueva escala de asignaciones básicas mensuales para los cargos del nivel Instructor, manteniendo los 20 grados del Sistema Salarial de Evaluación por Méritos para los Instructores del SENA - SSEMI. Que el Decreto 2147 de 2017 prorrogó hasta el 15 de julio de 2019 la vigencia de los ochocientos empleos temporales precitados. Que posteriormente mediante Decreto 1217 del 10 de julio de 2019, el Gobierno Nacional prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2019 la vigencia de los 800 Empleos Temporales del SENA creados mediante el Decreto 553 de 2017. Que con la expedición del Decreto 2357 del 26 de diciembre de 2019, la vigencia de los ochocientos (800) empleos de la planta temporal del SENA fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021.”

Señala que la planta temporal del SENA desde su creación en el año 2017, está conformada para atender tres programas que impactan directamente la misionalidad de la Entidad, sean estos por definición expresa: PROGRAMA DE BILINGUISMO, PROGRAMA DE AGROSENA Y PROGRAMA DE SENNOVA, por lo cual se puede evidenciar que ninguno de estos programas guarda relación con el programa o perfil de USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA como mal lo interpreta el tutelante, razón por la que, se indica que dentro del marco normativo, legal y reglado de la provisión no se podría efectuar un nombramiento respecto a un cargo con requisitos inexistentes y sin la observancia del procedimiento para su provisión.

En cuanto a la equivalencia, manifiesta que la solicitud realizada por el accionante no es concordante con la norma ya que existen tres factores decisivos para esto:

- 1) Que la vacante corresponda al mismo nivel jerárquico que la OPEC ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017.
- 2) Que tanto la vacante de la planta de personal como el empleo ofertado tengan el mismo grado salarial.
- 3) El propósito, funciones, competencias, requisitos de estudio y requisitos de experiencia de la vacante definitiva deben coincidir con la OPEC ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017 11.

Bajo este entendido, indican, el perfil de la vacante debe coincidir con el de la OPEC reportada en la Convocatoria No. 436 de 2017, ya que la Resolución No. 1458 de 2017 “*Por la cual se actualiza el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA*” dispone las funciones y requisitos de experiencia y formación académica propias de todos los empleos, las cuales están encaminadas a desarrollar un proceso administrativo o área temática específicos y únicos. Por consiguiente, a través de los oficios Nros. 20213201737902 y 2021RE018008 de 2021, se formalizó ante la CNSC las vacantes definitivas objeto de provisión a partir de los usos de listas de elegibles.

Manifiesta igualmente, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para las pretensiones del accionante, pues como el mismo lo manifestó, existen Resoluciones administrativas que por su naturaleza, deben ser demandadas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, donde puede solicitar las medidas cautelares pertinentes.

Solicita se deniegue la acción de tutela.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

La entidad accionada da respuesta a la presente acción por medio de su representante legal, quien manifestó que si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, la CNSC no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, ni tiene la facultad nominadora, así como tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y posesión de los elegibles. Hace relevancia en que el accionante no prueba un perjuicio irremediable para que aperse la acción de tutela, al igual que no se cumple con el principio de inmediatez, además enfatiza en que el accionante tiene un equívoco en los conceptos de PLANTA DE PERSONAL y PLANTA TEMPORAL resaltando que los empleos temporales a los cuales se refiere al accionante tienen carácter de transitorios, por lo que la persona que es nombrada en estos cargos está supeditada a la duración del mismo.

En cuanto a la solicitud de realización de una audiencia, advierte que dicha pretensión no es procedente, toda vez que el CNSC cuenta con un Banco Nacional de Listas de Elegibles donde están incluidas la totalidad de estas, mismas que se pusieron en conocimiento del SENA respecto de la Convocatoria 436 del 2017. Acto seguido aduce que, la lista de elegibles a la cual pertenece el accionante se encuentra vencida pues esta tuvo vigencia hasta el 15 de enero de 2021.

Refiere que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado "Instructor, Código 3010, Grado 1", identificado con código OPEC No. 59837, correspondiente al área temática de USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA ocupando la posición No. 3 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. 20182120189115 del 24-12-2018, La mencionada lista de elegibles fue publicada el día 04/01/19, cobró firmeza total el día 15-01- 2019, por lo que, como se indicó su vigencia fue hasta el día 15/01/2021.

Solicita que se deniegue la acción de tutela y se declare improcedente por lo expuesto.

CONSIDERACIONES

Competencia

Es competente este Despacho judicial conforme al Artículo 86 de la Constitución Política y Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico.

El juzgado debe determinar si en el presente caso, los derechos, principios y garantías de invocados por el tutelante, le ha sido vulnerados por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, al “no ser usada la lista de elegibles a la que *manifiesta* pertenecer, en el nombramiento de los empleos temporales creados por el SENA; y al no realizar audiencia pública para los fines previstos en la sentencia de la referencia.

TESIS DEL DESPACHO

No se está evidencia vulneración de los derechos fundamentales del accionante, pues, aunque es evidente que participó en el concurso de méritos, también es evidente que la lista de elegibles a la cual se adscribe, ya fue agotada y no tiene vigencia. Lo anterior, pues tal como lo manifiestan las entidades accionadas, el primer candidato en la lista de elegibles, ya fue debidamente posesionada en su cargo.

Ahora, respecto de la petición de usar dicha lista de elegibles para proveer los cargos que fueron creados con posterioridad al concurso, la misma no es admisible; pues como bien lo manifestaron en ambas entidades, estos cargos son de carácter temporal, es decir, que su permanecía es por un tiempo determinado y limitado, destacando que aunque su denominación sea INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, el accionante se presentó a la convocatoria con la OPEC 59837 correspondiente al empleo INSTRUCTOR - ÁREA TEMÁTICA USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, la cual no es análoga con las de los empleos temporales creados.

En cuanto a la vigencia de la lista de elegible objeto de la presente acción, se tiene que la resolución CNSC 20182120189115 del 24 de diciembre de 2018 en su artículo sexto indica que tiene vigencia de 2 años a partir de que cobre firmeza, tal cual lo hizo el 15/01/2021, por lo tanto, en la actualidad dicha lista de elegibles ya no está vigente y los derechos invocados no están siendo vulnerados.

Ahora en relación al principio de subsidiariedad, se tiene que no es la acción de tutela, el mecanismo por medio del cual se debe solicitar la modificación o mutación de la lista de elegibles ya que resulta escasa la instancia de la acción de tutela para dirimir este conflicto, siendo que además no es el mecanismo adecuado para lograr sus pretensiones, mas aun cuando existe otro medio de defensa para incoarlas.

Finalmente se refiere también el principio de inmediatez, advirtiendo como se encuentra evidenciado para el evento, la temporalidad de la vigencia de la lista de elegibles, de cara a la pretensión tutelar del actor.

Legitimación.

Dispone el Art. 86 de nuestra Carta Fundamental, que toda persona tendrá acción de tutela, cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales, siendo así, se encuentra legitimado la tutelante por activa para formular la acción y por pasiva la accionada, como Entidad Pública encargada de prestar un servicio público.

El Decreto 2591 de 1991 reglamentó la Acción de Tutela y, en su artículo 5º, establece que ella procede cuando con la acción u omisión de una autoridad o un particular se viole o amenace cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política.

Para el caso objeto de estudio tenemos que la Corte ha señalado lo siguiente en Sentencia T-180/15

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales,

ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125 superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte “todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales.

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

- (i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.
- (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.
- (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.
- (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él.

La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Igualmente tenemos que la Sentencia T-112A/14 es enfática en afirmar:

La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.

De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se

requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

En este sentido, esta Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Corresponde a este despacho determinar si, la falta de aceptación a las reclamaciones presentadas por el señor JAIME ALBERTO CARDONA LONDOÑO constituyen una vulneración a sus garantías fundamentales y, en consecuencia, se debe ofrecer el amparo constitucional o si, por el contrario, como sostienen las entidades demandadas, esta herramienta superior es improcedente.

Lo primero que hay que advertir, es que la acción de tutela tiene dentro de sus requisitos esenciales, la subsidiariedad y este debe cumplirse a cabalidad, para que

sea procedente el estudio de fondo de las pretensiones solicitadas por la accionante por vía constitucional.

El requisito de subsidiariedad está relacionado con la necesidad que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, debido a la inminencia de un perjuicio irremediable, se haga necesaria la protección constitucional de manera excepcional y transitoria. De allí que, de entrada, se califique como improcedente (Decreto 2591 de 1991, artículo 6) la petición efectuada por la accionante, pues ésta dispone de otros medios de defensa para sus prerrogativas de comprobada eficacia, debiendo acudir, en primer término, ante la jurisdicción contencioso administrativa a solicitar la acción de cumplimiento y el restablecimiento de su derecho (Ley 1437 de 2011, artículo 146), derivándose de ello el que, en esta sede constitucional, que es de orden residual, no se pueda efectuar pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, pues se carece de competencia, estando únicamente facultado el juez natural para evaluar la validez del proceso de selección. Respecto al principio de subsidiariedad que se analiza, la Corte Constitucional, expresó lo siguiente:

“en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica (...)

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la

protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo” (Sentencia SU- 037/09).

De igual forma, debe advertirse que, de acuerdo a lo dispuesto por la jurisprudencia nacional, si lo que se pretendía es que se aplique la tutela como mecanismo transitorio, se tendría que haber acreditado la existencia del riesgo de perjuicio irremediable sobre prerrogativas fundamentales, pero en lo que se acreditó por la parte actora dentro del libelo genitor no se avizoró tal perjuicio o un grave daño que sólo pueda ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables, pues no se observa que el libelista sea una persona de especial protección constitucional, a lo que se podría agregar que *“dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, el peticionario tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera sus derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio”* (Sentencia T-435/94).

Para reforzar el planteamiento anterior, debe tenerse en cuenta, además, que el tutelante refiere el cumplimiento o el amparo de su derecho fundamental de cara a la previsión de un cargo ofertado mediante una convocatoria pública para previsión de cargos públicos cuyo Registro de Elegibles no se encuentra vigente desde el año 2021; así pues que la interpretación analógica que hace de las previsiones reglamentarias de cara a la provisión de nuevas vacantes, no resulta procedente al interior de una acción constitucional; siendo que como se advirtió, no es el mecanismo procedimental para obviar la vía ordinaria.

Debe advertirse a su vez que el Juez de tutela debe realizar valoración de los hechos que configuran el caso concreto cuando la acción no se presenta en un término prudencial y razonable, en ese sentido, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *La acción de tutela sería procedente cuando fuere*

promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.

Así las cosas, encuentra el Despacho que, si bien el actor refiere que la vulneración de su derecho no lo fue solo con el hecho de no posesionarlo respecto de la vacante para la cual se presentó en el concurso de la referencia, sino que no le han ofrecido o garantizado su derecho al trabajo con posibilidades análogas, mírese que no existe por parte de las accionadas vulneración al debido proceso entendido como el conjunto de garantías, reglas y principios a través de los cuales pueda el accionante presentarse en sus postulaciones y realizar solicitudes con un procedimiento sometido a reglas de juego limpio; pues advertido está que efectivamente el actor aplicó para una vacante con un perfil específico y si bien se ha valorado la posibilidad de que este se presente o aplique a un empleo temporal, lo claro es que al no haber posibilidad de agotar la lista de carrera en la convocatoria a la cual se presentó –misma que ya no se encuentra vigente-, las accionadas no están vulnerando el procedimiento, ni mucho menos, los derechos de carrera del accionante en garantía de la igualdad o el derecho al trabajo.

En el sentido indicado, no existe motivo válido para que el accionante persiga la consecución de los derechos de carrera aludiendo al mérito, con una acción de tutela presentada en esta anualidad, respecto de elementos que considera, corresponden a una convocatoria que efectivamente se surtió para el año 2021; de igual manera, se aduce que la inactividad injustificada no vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión ni existe nexo causal que ate el ejercicio inoportuno de la presente acción constitucional con la vulneración de los derechos deprecados por el actor. Finalmente, se concluye, respecto de este apartado, no se logra sustraer que la vulneración se perpetúe en el tiempo –pues en tesis del Despacho ni siquiera hubo vulneración- siendo que, se insiste, se presenta por el actor una posibilidad rogada de vincularse en cargos públicos, de cara a una

expectativa de adecuación de presupuestos específicos del empleo, que penden, en todo caso, de la liberalidad del empleador, quien debe someterse al mandato legal, a las convocatorias vigentes y a los parámetros de selección y aplicación propios de la entidad que representa.

Por lo anterior, se concluye, no se evidencia vulneración de los derechos fundamentales del accionante, pues, aunque es evidente que participó en el concurso de méritos, también es evidente que la lista de elegibles a la cual se adscribe, ya fue agotada y no tiene vigencia. Lo anterior, pues tal como lo manifiestan las entidades accionadas, el primer candidato en la lista de elegibles, ya fue debidamente posesionada en su cargo.

Ahora, respecto de la petición de usar dicha lista de elegibles para proveer los cargos que fueron creados con posterioridad al concurso, la misma no es admisible; pues como bien lo manifestaron en ambas entidades, estos cargos son de carácter temporal, es decir, que su permanecía es por un tiempo determinado y limitado, destacando que aunque su denominación sea INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, el accionante se presentó a la convocatoria con la OPEC 59837 correspondiente al empleo INSTRUCTOR - ÁREA TEMÁTICA USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, la cual no es análoga con las de los empleos temporales creados.

En cuanto a la vigencia de la lista de elegible objeto de la presente acción, se tiene que la resolución CNSC 20182120189115 del 24 de diciembre de 2018 en su artículo sexto indica que tiene vigencia de 2 años a partir de que cobre firmeza, tal cual lo hizo el 15/01/2021, por lo tanto, en la actualidad dicha lista de elegibles ya no está vigente y los derechos invocados no están siendo vulnerados.

Ahora en relación al principio de subsidiariedad, se tiene que no es la acción de tutela, el mecanismo por medio del cual se debe solicitar la modificación o mutación de la lista o cualquier otra solicitud de cara a la oferta de nuevos cargos, postulación y aplicabilidad de parámetros de selección, ya que resulta inadecuada la instancia de la acción de tutela para dirimir este conflicto, siendo que además no es el mecanismo adecuado para lograr sus pretensiones, más aun cuando existe otro medio de defensa para incoarlas.

CONCLUSIÓN

Con base en los argumentos antes expuestos, dados los hechos y la prueba que obra en el expediente, se negará por improcedente la acción de tutela, por no vislumbrar que estén conculcados o amenazados los derechos fundamentales del accionante y por existir otros medios de defensa.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE ITAGÜÍ, Antioquia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela deprecada por el actor para el amparo los derechos constitucionales fundamentales solicitados de conformidad con lo previsto en el numeral 1. Artículo 6. del Decreto Ley 2591 de 1991.

SEGUNDO: Notifíquese el contenido del presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz y en caso de no ser impugnada, se ordena el envío de las presentes diligencias para ante la H. Corte Constitucional para la eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Firmado Por:
Laura Echeverri Tamayo
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 02 Oral
Itagui - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **472365653d0bd339f9a304f2088a56dcd4a6d8151e4b71abe29324a5fef0fd6e**

Documento generado en 30/03/2023 02:16:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>