



Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

<b>Acción</b>	<b>IMPUGNACIÓN TUTELA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-003-2019-00202-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>MELISA INÉS FORTICH PRENS</b>
<b>Demandado</b>	<b>COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – UNIVERSIDAD DE PAMPLONA – UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN</b>
<b>Magistrado</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Improcedencia de la acción de tutela frente a la solicitud de reintegro en convocatorias para ofertar cargos por concurso de merito</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha primero (1) de octubre de dos mil diecinueve (2019)<sup>1</sup>, dictado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por MELISA INÉS FORTICH PRENS contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

### II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora MELISA INÉS FORTICH PRENS, identificada con cedula de ciudadanía Nro. 1.047.399.324.

### III. ACCIONADA

La acción está dirigida en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – UNIVERSIDAD DE PAMPLONA – UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN.

### IV.- ANTECEDENTES

#### **4.1.- Prefensiones<sup>2</sup>.**

4.1.1.- Dentro del escrito de tutela, la parte accionante solicita que se protejan sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos

<sup>1</sup>Fols. 86 - 93 cdno 1

<sup>2</sup>Fols. 21 - 22 Cdno 1



13-001-33-33-003-2019-00202-01

públicos, consecuentemente pretende que se declare improcedente la Resolución No. CNSC – 20192120095065 del 23 de agosto de 2019.

4.1.2.- De igual forma, pretende que se apliquen las normas reguladoras de la Convocatoria 436 de 2017, siendo estas; el Decreto 436 de 2017 y el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017.

4.1.3.- Por ultimo solicita al Juez Constitucional, que apremie a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, para que resuelva el caso de la actora, teniendo en cuenta los casos de HÉCTOR ALEJANDRO RÍOS VANEGAS y de LUBIZ ESTHER OJEDA ROMERO, conforme a la sentencia el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento.

#### **4.2.- Hechos<sup>3</sup>.**

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

De acuerdo con lo expuesto por la tutelante, actualmente se está llevando a cabo la Convocatoria 436 de 2017, por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, con la finalidad de proveer cuatro mil novecientos setenta y tres (4.973) vacantes para acceder al Sistema General de Carrera de Administrativa, esta Convocatoria se ejecuta de conformidad con el Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017 *"por el cual se convoca a concurso abierto de méritos, para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA"*. La parte actora establece que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017, el 09 de octubre de 2017, quedando registrada en el formulario OPEC: 58251 para el cargo de Técnico Grado 03.

Argumenta que cumplió con todos los requisitos previos para ingresar en la Convocatoria 436 de 2017, obteniendo los puntajes necesarios en la valoración de los antecedentes, en las pruebas básicas y en las pruebas comportamentales. Menciona que el 28 de octubre de 2018, mediante la

---

<sup>3</sup> Fols. 1 – 2 Cdno 1



13-001-33-33-003-2019-00202-01

Resolución CNCS-20182120147685 del 17 de octubre de 2018, se dio a conocer la lista de elegibles, en la cual ocupó el 3º lugar en el registro OPEC 58251.

Refiere que el día 3 de noviembre de 2018, verificó el estado de su Convocatoria, encontrando que había sido excluida de la lista de elegibles. Posteriormente fue notificada del auto No. CNSC 20192120001454 del 15 de febrero de 2019, en el cual le comunicaron de una solicitud de exclusión, en razón de no haber soportado especialización tecnológica, como requisito mínimo obligatorio para acceder al cargo de técnico grado 3. El 5 de marzo de 2019, presentó recurso de reposición contra el auto que solicitó su exclusión de la lista de elegibles, luego de esto, fue notificada de la Resolución No. CNSC 2019202120095065 del 23 de agosto de 2019, en el cual resuelven excluirla con fundamento en que no aportó la especialización tecnológica, como requisito imprescindible para acceder al cargo de Técnico Grado 3.

#### **4.3 Coadyuvancia con los hechos de la acción de tutela<sup>4</sup>.**

Mediante, memorial de fecha 23 de septiembre de 2019 presentado por Alba Luz Soto Luna, actuando en calidad de tercera interesada del proceso en referencia, coadyuvó en los hechos, pretensiones y derechos vulnerados de la presente acción constitucional. En relación con los hechos, fundamenta;

- Coadyuva en su totalidad hechos primero, segundo, tercero, sexto, séptimo y octavo.
- En lo referente al hecho cuarto, si bien lo coadyuva, precisa que su inscripción fue realizada el 21 de noviembre de 2017.
- Respecto al quinto hecho, menciona que ocupó el segundo lugar en el formulario OPEC 58251.

De igual forma, coadyuvó los derechos vulnerados impetrados por Melisa Inés Fortich Prens, aclarando que el cargo para el que ella se postuló es el de técnico profesional en contabilidad y finanzas, para el cual cumple con todos los requisitos necesarios para desempeñar el puesto ofertado.

Por último, en lo atinente a las pretensiones, coadyuvó todas las adelantadas por la accionante, añadiendo que, debe llevarse a cabo una investigación

<sup>4</sup> Fols. 62 - 63 cdno 1.



13-001-33-33-003-2019-00202-01

disciplinaria y penal, debido a las irregularidades que acontecieron por su exclusión en la lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017.

#### **4.4.-Contestación de la Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>5</sup>.**

En su escrito de Contestación, la Comisión Nacional del Servicio Civil se opuso a la acción constitucional incoada por la accionante, alegando la improcedencia de la tutela, tomando como fundamento el artículo 86 inciso 3º de la Carta Suprema, sobre la subsidiaridad de la misma frente a la posibilidad de acceder a otros medios judiciales ordinarios para propender la protección de interés particulares o generales; al respecto afirmó que la tutela no es el medio idóneo para cuestionar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como lo son los Acuerdos reglamentarios del concurso.

Explica que, la Comisión de Personal del SENA solicitó la exclusión de la accionante, con fundamento en el artículo 54 del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, que en concordancia con el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005; faculta a dicha entidad para solicitar la exclusión de personas integrantes de la lista de elegibles, siempre y cuando se acredite una de las causales para ello establecidas en la normativa. Así las cosas, en el caso concreto la exclusión de la señora MELISA FORTICH se dio debido a que ésta no acreditó el requisito de la especialización tecnológica que exigía el cargo para el cual concursó.

Declara la parte accionada que el 9 de septiembre de la presente anualidad, la accionante adelantó escrito de contestación frente a la Resolución No. CNSC – 20192120095065 del 23 de agosto de 2019, mediante la cual la Comisión de Personal del SENA, solicitó su exclusión de la Convocatoria 436 de 2017. Por lo anterior, aduce la CNSC, que la señora Melisa Inés Fortich Prens no ha sido excluida de la Convocatoria No. 436 de 2017, debido a que la misma ejerció su derecho a la defensa el 9 de septiembre de 2019.

---

<sup>5</sup> Fols. 37 - 39 Cdnó 1





13-001-33-33-003-2019-00202-01

Concluye la entidad accionada que Melisa Inés Fortich Prens, sigue haciendo parte de la lista de elegibles de la OPEC 58251, hasta tanto no se resuelva el recurso que interpuso.

Ahora bien, fundamenta que la accionante no puede desconocer los requisitos singulares de cada empleo, reglamentado en el Acuerdo No. 2017000000116, que rige a la Convocatoria 436 de 2017.

Respecto al reintegro de la accionante en una OPEC diferente a la cual se postuló, la CNSC precisa que, de acuerdo con el Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, la lista de elegibles solo opera para los cargos en los cuales se postularon los concursantes, además, solo podrán posesionarse teniendo en consideración el número de vacantes disponibles al momento de ofertar los puestos. Indica la entidad accionada que la tutelante se inscribió en la OPEC No. 58251, por consiguiente, no es posible reasignarla a un cargo diferente para el cual participó.

#### **4.5.-Contestación de la Universidad de Medellín<sup>6</sup>.**

La Universidad de Medellín, fue vinculada al proceso mediante auto del 17 de septiembre de 2017, proferido por el Juez de primera instancia. En su escrito de contestación, expuso que esta entidad ha sido delegada para desarrollar las pruebas de valoración de antecedentes y técnico-pedagógicas de la Convocatoria 436 de 2017. También para llevar a cabo la atención de las reclamaciones, acciones constitucionales y legales, llevadas a cabo por los aspirantes, desde la apertura de la Convocatoria hasta la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles.

Por lo anterior, afirma que no tiene competencia para actuar en el proceso de la referencia, en lo pertinente a la expedición de la lista de elegibles, tampoco del procedimiento mediante el cual se nombran a los aspirantes, toda vez que esas funciones recaen de manera exclusiva en la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje. En mérito de lo expuesto, la Universidad de Medellín solicita que se desvincule de la acción

<sup>6</sup> Fols. 42 Cdno 1

<sup>7</sup> Fol. 27 Cdno 1





13-001-33-33-003-2019-00202-01

constitucional objeto de estudio, debido a que no se acreditó la legitimación por pasiva de la Universidad de Medellín.

#### **4.6.- Contestación del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA<sup>8</sup>.**

De conformidad con el auto de fecha 17 de septiembre de 2019, se vinculó al SENA en el proceso de la referencia. En su escrito de contestación, alegó la improcedencia de la presente acción, debido a que no se cumple con el requisito de la subsidiaridad que establece el Decreto 2591 de 1991. Expresa que la accionante tiene otros mecanismos ordinarios para pretender la protección de sus derechos, bien sea, por vía administrativa o judicial, fundamentando que la acción de tutela no puede relegar las vías ordinarias, como lo establece el decreto referenciado.

Establece que la Ley 909 de 2004, en su artículo 11, indica cuáles son las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como son las de desarrollar los procesos de selección para los empleos de carrera administrativa, acreditar a las entidades para el proceso de selección y elaborar las convocatorias o concursos de mérito para el ingreso de los aspirantes a las entidades públicas, por lo anterior, establece que la CNSC, es la entidad facultada para determinar los requisitos mínimos para poder desempeñar un cargo ofertado por concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 2º ibídem.

Fundamentó, que conforme al artículo 125 de la Carta Suprema, el SENA, reportó un total de cuatro mil novecientos setenta y tres (4.973) vacantes a la CNSC, para que a través de concursos y convocatorias públicas, ofertara las vacantes, la cual se llevó a cabo con la Convocatoria 436 de 2017. Aduce que, una vez se publicaron los resultados de la Convocatoria en referencia, el SENA expidió las respectivas listas de elegibles, contenida por los aspirantes que acreditaran los requisitos mínimos para ejercer los cargos ofertados.

Por último indicó que las Comisiones Regionales de Personal del SENA, son las encargadas de verificar si los aspirantes cuentan o no con todos los requisitos para poder ser nombrados en los cargos para los cuales aspiraron, pues dicha función está regulada en el artículo 16 de la Ley 909 de 2004; y en virtud de

<sup>8</sup> Fols. 44 - 49 Cdo 1





13-001-33-33-003-2019-00202-01

ello, proceder a solicitar ante la CNSC la exclusión de los aspirantes que no hayan acreditado dichos requisitos, para que ésta última adelante el trámite administrativo correspondiente conforme los artículos 14 y ss del Decreto Ley 760 de 2005.

Por lo anterior, la entidad accionada solicitó, que el Juez Constitucional niegue las pretensiones de la acción, en razón a que la Comisión Regional de Personal, se encuentra realizando los trámites legales, en lo pertinente a la petición de exclusión de la tutelante de la lista de elegibles, explicando que en caso de evidenciar alguna irregularidad en el proceso, la diligencia correspondiente debe realizarse por vías administrativas, reiterando su postura frente a la improcedencia por no acreditar el requisito de la subsidiaridad.

#### **V.- FALLO IMPUGNADO<sup>9</sup>**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia resolvió:

**"PRIMERO:** TUTELAR el derecho fundamental de petición de la señora MELISA INÉS FORTICH PRENS identificada con la cedula de ciudadanía N° 1.047.399.324, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que en el término de los dos (2) siguientes a la notificación de esta decisión, si aún no lo ha hecho, proceda a resolver de fondo el recurso de reposición interpuesto en fecha de 9 de septiembre de 2019, por la señora MELISA INÉS FORTICH PRENS, en contra de la Resolución N° CNSC 2019212009506 del 23 de agosto de 2019 y le notifique la decisión correspondiente en la forma establecida en los artículos 66 a 69 de la Ley 1437 de 2011.

**TERCERO:** ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL -CNSC-, que a más tardar dentro del día siguiente al vencimiento del plazo que se concede para ejecutar la medida de protección, acredite ante este Juzgado, por escrito, el efectivo cumplimiento de ésta.

**CUARTO:** DECLARAR la improcedencia de la presente acción de tutela respecto de la solicitud de amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a ocupar cargos públicos y al trabajo de la accionante que, según se adujo, habría resultado vulnerados con la expedición de la Resolución N° CNSC-20192120095065 del 23 de agosto de 2019 emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se

<sup>9</sup> Fols. 76 - 85 Cdno 1



13-001-33-33-003-2019-00202-01

*le excluyó del proceso de selección de la Convocatoria No. 436 de 2017 para la provisión de cargos de carrera del SENA.*

Como sustento de la anterior decisión, la Juez de primera instancia manifiesta que, la Comisión Nacional del Servicio Civil, no emitió respuesta alguna al recurso de reposición impetrado por la parte actora, de fecha 9 de septiembre de la presente anualidad. Argumenta que el término legal de 15 días para responder tales peticiones, finalizó el 30 de septiembre de este año y refiere que a la fecha en que se adoptó la decisión de primera instancia, la entidad accionada no había formulado respuesta. Por lo anterior, expone el a quo, que se evidencia una vulneración al derecho fundamental de petición de la parte accionante.

Argumentó la Juez de primera instancia que, frente a los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional, establecidos en el artículo 86 de la Carta Suprema y en el Decreto 2591 de 1991, no logra la parte actora, demostrar el requisito de subsidiaridad de la tutela, por consiguiente, determina decretar la improcedencia de la petición de reintegro a la lista de elegibles contenida en la Resolución N°CNSC-20182120147685, de la accionante, debido a que a su juicio, existen medios ordinarios para obtener dicha pretensión.

Avizora el a quo, que la parte accionante no demostró un perjuicio irremediable en el caso sub júdice, de igual manera, no acreditó la ineficacia de otros medios judiciales para poder acceder a su pretensión de reintegro en la lista de elegibles. En efecto, no resulta procedente la acción de tutela para estudiar la alegada infracción de los derechos a la igualdad, a ocupar cargos públicos y al trabajo, cimentada en la expedición del acto administrativo que excluyó a la actora del concurso de méritos plurimencionado pues no se demostró, por una parte, la carencia de otro mecanismo de defensa o la ineficacia de este, y por otra, la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable que solo pudiera conjurarse con la intervención del juez constitucional.

En cuanto a la petición de la accionante, de que a su caso se le aplique lo decidido en sentencias de tutela proferidas por otras autoridades judiciales y que resolvieron situaciones similares a la que hoy se trata; la Juez a quo señaló lo siguiente: "*los fallos de tutela tienen efectos "inter partes" y no "erga omnes"*,





13-001-33-33-003-2019-00202-01

*es decir, surten efectos solo con relación a los sujetos que intervinieron en el trámite de la acción tuitiva respectiva y sobre las cuales se pronunciaron los Jueces constitucionales, y no frente a todos aquellos que pudieran estar en la misma circunstancia y que no intervinieron. Además, deben recalcar que, en todo caso, el argumento relativo a la pretendida aplicación del criterio con base en el cual fueron decididas esas tutelas, debe ser planteado y decidido en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento que, se insiste, constituye el medio de defensa idóneo para controvertir la decisión de exclusión de la actora".*

## **VI.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

### **6.1.- Melissa Inés Fortich Prens<sup>10</sup>.**

Por medio de memorial radicado con fecha cuatro (4) de octubre de 2019, presentó impugnación del fallo la parte accionante, en el cual manifiesta que se vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, a ocupar cargos públicos y al trabajo, toda vez que, el Decreto 1083 de 2015, determina cuales son los requisitos de los empleos del nivel técnico, expresando que de acuerdo con la documentación que aportó y con los motivos por los cuales fue excluida de la lista de elegibles OPEC 58251, la Comisión de Personal del SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil no tuvieron en cuenta el Decreto en referencia, al momento de proferir la Resolución de exclusión.

Establece que el Decreto 1083 de 2015 hace parte de las normas que rigen el concurso de méritos en el cual se encuentra participando, argumentando que si bien se presentó en un cargo técnico grado 3, la Comisión de Personal del SENA, solicitó su exclusión tomando en cuenta los requisitos de los cargos grado 17 o 18. De lo anterior, concluye que no se encuentra razonado el argumento de la Comisión de Personal del Sena sobre su exclusión de la lista de elegibles, en base a que el empleo al cual aspira, es grado 3, por consiguiente, no encuentra fundado que la Comisión de Personal del SENA, le exija cumplir con los requisitos de grados diferentes al cual se postuló.

La parte accionante recurre a la sentencia SU – 446 de 2011 de la Corte Constitucional, en la cual, establece la H. Corte que la Convocatoria es la

<sup>10</sup> Fols. 96 – 108 Cdno 1





13-001-33-33-003-2019-00202-01

norma que regula los concursos de méritos, aplicable tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. Conforme a lo estipulado en la sentencia en referencia, determina que el Acuerdo N° 20171000000116, es la norma reguladora del concurso en el cual está participando, por lo tanto, solicita tener en cuenta el artículo 6° del mismo.

Aduce que la resolución por la cual la Comisión de Personal del SENA solicita su exclusión del concurso, contraría el acuerdo que rige el mismo, haciendo énfasis en que la norma establece cuales son los requisitos mínimos para poder ser nombrado en los cargos ofertados, por lo que pide que se decrete la improcedencia de la solicitud de exclusión, toda vez que a su juicio contraría el Decreto 1083 de 2015.

### **VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por auto de fecha veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019)<sup>11</sup> se concedió la impugnación interpuesta por Melisa Inés Fortich Prens, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el mismo día<sup>12</sup>, para luego ser admitida por esta Magistratura el veinticuatro (24) de octubre del año en curso<sup>13</sup>.

### **VIII.-CONSIDERACIONES**

#### **8.1.-Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

#### **8.2.- Problema jurídico.**

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en esta instancia:

<sup>11</sup> Fol. 110 Cdno 1.

<sup>12</sup> Fol. 2 Cdno 2.

<sup>13</sup> Fol. 4 Cdno 2.





13-001-33-33-003-2019-00202-01

*¿Resulta procedente la acción constitucional de tutela instaurada por Melissa Inés Fortich Prens en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por haberla excluido de la lista de elegibles de la Convocatoria No. 436 de 2017?*

En caso de superarse el problema anterior, la Sala deberá estudiar si:

*¿Vulneró la Comisión Nacional del Servicio Civil – Servicio Nacional de Aprendizaje, los derechos fundamentales de la tutelante a la igualdad, a acceder a cargos públicos y el trabajo por haberla excluido de la lista de elegibles OPEC 58251 mediante la cual se oferta un cargo técnico grado 3?*

*¿Cumplió la señora Melisa Inés Fortich Prens, con los requisitos mínimos necesarios que para acceder al cargo OPEC 58251 ofertado en la Convocatoria 436 de 2017?*

### **8.3.- Tesis de la Sala.**

En ese orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia del 10 de septiembre de 2019, puesto que no se evidencia uno de los requisitos esenciales de la tutela; este es la subsidiaridad de la acción para amparar la solicitud de la tutelante, sobre el reintegro a la lista de elegibles OPEC 58251 del 09 de octubre de 2017.

Para arribar al problema jurídico abordaremos el siguiente hilo conductor; (i) generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la tutela para conceder el reintegro a Convocatorias por concursos de méritos; (iii) caso en concreto.

### **8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos



13-001-33-33-003-2019-00202-01

resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas, y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

#### **8.4.2.- Procedencia de la tutela para conceder el reintegro a Convocatorias por concursos de méritos.**

El Decreto 2591 de 1991, frente a los requisitos esenciales de la acción de tutela, en su artículo 6º establece;

**ARTICULO 6º- Causales de improcedencia de la tutela.** La acción de tutela no procederá:

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

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

(...)

Por lo anterior, se infiere que la tutela será procedente en el caso en que los medios ordinarios no sean suficientes o eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales del titular, de igual forma será procedente en el caso en que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, siempre y cuando se demuestre durante el trámite constitucional.

Frente a este tema, la sentencia T-586 de 2017 de la H. Corte Constitucional expone que;



13-001-33-33-003-2019-00202-01

"El numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, **dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable**" (Negrillas fuera de texto)

La sentencia T-160 del 2018 frente a los concursos de méritos, establece lo siguiente;

"En el caso concreto, esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales. Esto significa que, lejos de cuestionar la validez de las reglas de la convocatoria, lo que pretende es su inaplicación, con miras a defender sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, en virtud de las circunstancias específicas en las que él se encuentra. Ello excluye, por tal razón, la idoneidad de la pretensión de nulidad simple. Dicha falta de eficacia e idoneidad también se pregona de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto este medio de control supone proteger un "derecho subjetivo amparado en una norma jurídica", circunstancia distinta a la que se plantea en esta controversia, en donde, precisamente, lo que busca es inaplicar, para el caso particular, una norma jurídica que resulta contraria, al parecer, a los derechos fundamentales vinculados con la construcción de una imagen propia." (Negrillas fuera de texto)

Por lo anterior, se tiene que si bien el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela la hace improcedente para resolver conflictos atinentes a concursos de méritos, sería procedente, siempre y cuando las pretensiones del accionante no se dirijan a controvertir la legalidad de los actos administrativos emitidos en



13-001-33-33-003-2019-00202-01

razón de las convocatorias donde se oferten empleos a través de concursos de mérito.

#### **8.5.- Caso concreto.**

En el asunto que nos ocupa, se avizora que la parte accionante solicita que se protejan sus derechos fundamentales a ocupar cargos públicos, al trabajo, al debido proceso y a la igualdad, toda vez que los considera vulnerados por la parte accionada, debido a la solicitud de exclusión realizada por la Comisión de Personal del SENA, por no haber acreditado los requisitos para conformar la lista de elegibles en el cargo OPEC No. 58251 grado 3.

#### **8.6.- Hechos Relevantes Probados.**

- Resolución No. CNSC – 20182120147685 Por la cual se conforma la Lista de elegibles para una vacante del cargo OPEC No. 58251 de carrera administrativa grado 3, ofertado a través de la Convocatoria N° 436 de 2017 del SENA<sup>14</sup>.
- Resolución No. CNSC – 20192120095065, mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, excluye a Alba Luz Soto Luna y Melisa Inés Fortich Prens, de la lista de elegible OPEC No. 58251, por no cumplir con los requisitos mínimos para el cargo ofertado<sup>15</sup>.
- Derecho de petición del 4 de septiembre del presente año, adelantado por Melisa Fortich Prens, ante la Universidad de Pamplona, en el cual pide que se aclaren los hechos por los cuales fue excluida de la lista de elegibles OPEC No. 58251<sup>16</sup>.
- Respuesta de la Universidad de Pamplona de septiembre de la anualidad en concurso, por la cual resuelve las peticiones contenidas en el derecho de petición incoado por la tutelante<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Fols. 69 – 71 Cdno 1

<sup>15</sup> Fols. 31 – 34 Cdno 1

<sup>16</sup> Fol. 82 Cdno 1

<sup>17</sup> Fols. 83 – 85 Cdno 1





13-001-33-33-003-2019-00202-01

**8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

Observa esta Sala que, en el presente asunto, la accionante y su coadyuvante pretenden que no se apliquen los requisitos establecidos en la OPEC 58251, los cuales, pueden ser encontrados en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, siendo los siguientes<sup>18</sup>:

*"Estudio: Título de formación tecnológica en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Administración o Contaduría Pública o Economía o Ingeniería Industrial y afines o Arquitectura. Título de especialización tecnológica en disciplina relacionada con las funciones del empleo."*

En su lugar, solicitan que se apliquen los criterios contenidos en el Decreto 1083 de 2015, el cual, a la luz del artículo 2.2.2.4.5., conforma cuales son los requisitos generales, para poder optar a ejercer un cargo técnico grado 3;

<b>Grados</b>	<b>Requisitos generales</b>
01	Diploma de bachiller.
02	Diploma de bachiller y cuatro (4) meses de experiencia relacionada o laboral.
03	<b>Diploma de bachiller y ocho (8) meses de experiencia relacionada o laboral.</b>

De lo anterior, la parte actora solicita que se declare la improcedencia o ilegalidad de la Resolución, debido a que está desconoce la normatividad del Decreto 1083 de 2015.

En el caso objeto de estudio, se encuentra demostrado que la parte actora fue notificada de una solicitud de exclusión de la Convocatoria 436 de 2017, en la cual se postulaba para ocupar el cargo OPEC 58251 grado 3, en razón de no haber aportado los requisitos mínimos necesarios para poder posesionarse en dicho empleo, debido a la solicitud realizada por la Comisión

<sup>18</sup> Comisión Nacional del Servicio Civil. (2017). OPEC - 436 de 2017 - Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. Recuperado de: <http://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>



13-001-33-33-003-2019-00202-01

de Personal del SENA, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que da lugar a la Resolución No. CNSC – 20192120095065 del veintitrés (23) de agosto de 2018.

Antes de entrar a estudiar si efectivamente se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, por la exclusión de la lista de elegibles contenida en el formato OPEC No. 58251, resulta menester determinar, si es procedente la presente acción de tutela, teniendo en cuenta el requisito de subsidiaridad de la acción constitucional.

La H. Corte Constitucional, ha determinado respecto a la solicitud de inclusión a listas de elegibles en concursos de méritos, que si bien la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para estos asuntos, debe estudiarse en el caso en concreto, si los medios ordinarios son suficiente para salvaguardar los derechos fundamentales del tutelante.

Ahora bien se infiere del escrito de tutela y de la impugnación del fallo de primera instancia, que la pretensión de la accionante recae en determinar la ilegalidad de la Resolución No. CNSC – 20192120095065 mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, por solicitud de la Comisión de Personal del SENA, excluyó a la señora Melisa Inés Fortich Prens y de Alba Luz Soto Luna, de la Convocatoria 436 del 2017, por no reunir con la totalidad de los requisitos de la OPEC 58251.

De lo anterior, se observa que las actuaciones de la tutelante buscan objetar la legalidad de la Resolución en referencia, y, tal como se esbozó en el marco normativo de este proveído, la procedencia excepcional de la acción constitucional se configura, siempre y cuando las pretensiones de la parte actora, no recaigan sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en una Convocatoria para ofertar cargos públicos a través concursos de mérito.

Por otra parte la interesada no demostró que la exclusión de la lista de elegibles, le hubiera generado un perjuicio irremediable; por el contrario, se tiene que el SENA, en su contestación, manifestó que la actora, antes de ser excluida, era la tercera en la lista de elegibles, y que la persona que ocupaba el primer puesto sí cumplía con los requisitos para el cargo, por lo cual, fue



13-001-33-33-003-2019-00202-01

nombrada y en la actualidad se encuentra en periodo de prueba. Lo anterior pone en evidencia que no existe apremio en resolver el caso de marras, como quiera que la convocatoria en comento solo se circunscribe a un (1) solo cargo, y la interesada no era la persona que, desde el principio, tuviera derecho para acceder al mismo, pues se resalta, ésta ocupaba el puesto número 3º de la lista de elegibles, y la persona que ocupaba el puesto número 1º sí reunía los requisitos del cargo, por lo cual fue nombrado y actualmente se encuentra en periodo de pruebas.

Así las cosas, el interés de la accionante en el caso de marras, es que, en caso de que se genere una nueva vacante en el mismo cargo, por cualquier circunstancia, ella pueda acceder al mismo, sin embargo, ello no amerita que se le dé un trámite de tutela a un asunto que puede ser ventilado por la vía ordinaria.

Por consiguiente, esta Magistratura avizora que los medios ordinarios resultan idóneos para resolver su situación particular, comedidamente la parte actora tampoco argumentó las razones por las cuales la exclusión de la lista de elegibles OPEC 58251, le generaría un perjuicio irremediable. En mérito de lo expuesto, esta Corporación determina que Melisa Inés Fortich Prens y Alba Luz Soto Luna, están en toda la posibilidad de iniciar un proceso contencioso administrativo por los mismos hechos y pretensiones que hoy lo hacen en sede de tutela.

#### **8.8. – Conclusión.**

La respuesta al problema jurídico inicialmente planteado es negativa, puesto que la accionante, no acreditó el cumplimiento del requisito fundamental para determinar la procedencia de la acción constitucional; este es, la subsidiaridad, toda vez que la parte accionante no demostró un perjuicio irremediable, y esta Corporación logra identificar que en el caso de marras los medios ordinarios resultan ser eficaces e idóneos.

También se tiene que la parte tutelante adelantó la acción constitucional, en aras de decretar la nulidad de la resolución por la cual se les excluyó de la lista de elegibles OPEC 58251, lo que a la luz de la sentencia T-160 de 2018, determina la improcedencia de la presente tutela, por incumplir con el requisito de la subsidiaridad.





13-001-33-33-003-2019-00202-01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha primero (1) de octubre de 2019, dentro de la presente acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

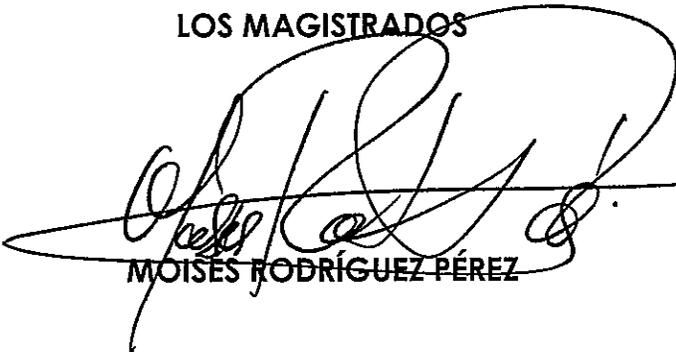
**TERCERO: NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 081 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**  
Aclaro voto