



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL**

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

PROCESO No.:	11001-33-35-025-2023-00407-00
ACCIONANTE:	FREDY ENRIQUE FETECUA PEÑA
ACCIONADO:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ACCIÓN:	TUTELA

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por **FREDY ENRIQUE FETECUA PEÑA** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC – SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por la presunta violación sus derechos fundamentales a la *“igualdad, el derecho al deber de cumplimiento de las providencias judiciales como componente del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto a la ley 1960 de 2019”*

I. ANTECEDENTES

1.1. Soporte Fáctico de la Solicitud de Amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes **HECHOS** relevantes:

PRIMERO: En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante la CNSC, expidió el ACUERDO No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

SEGUNDO: Las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, Verificación de requisitos mínimos, Aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y Funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, Valoración de Antecedentes, conformación de Listas de Elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en Periodo de prueba.

TERCERO: Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120190635 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del 15 de enero de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No 60450, con la

denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde me encuentro ocupando el lugar número dos de elegibilidad con 62.12 puntos definitivos.

(...)

DECIMO : Que, la firmeza de mi lista de elegibles venció en enero de 2021, sin que se me haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, lo cual no es una potestad de la entidad sino un deber legal, con lo cual se me vulneran mis derechos fundamentales a: DIGNIDAD HUMANA, GARANTÍA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, EL DERECHO AL DEBER DE CUMPLIMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES COMO COMPONENTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, 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 EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA RESPECTO A LA LEY 1960 DE 2019. Sin embargo, ese no es motivo para que no se realicen los nombramientos ya que si los cargos existían desde antes de vencer las listas fueran desiertos o no ofertados, deben realizar los nombramientos en periodo de prueba.

(...)

DECIMO SÉPTIMO: Que, el SENA, el 17 de junio de 2020, expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones Profesional, Instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, con las que, a su criterio no cuentan con listas de elegibles con las cuales se pueda hacer Uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y con las que pretenden hacer un concurso mixto yendo en contra del principio de economía y austeridad

(...)

VIGÉSIMO TERCERO: De acuerdo a las respuestas dadas por parte del SENA, se resume que, entre otros no identificados, existen empleos en vacancia definitiva, temporales y provistos en encargo con los que se tenía que hacer uso de lista de elegibles, así las listas se encuentren vencidas.

VIGÉSIMO CUARTO: El 22 de septiembre de 2020, la CNSC, cambió el criterio unificado el, donde después de que la entidad analizo el uso de lista de elegibles, aprobó su USO con empleos equivalentes, sin embargo, en mi caso el SENA Y la CNSC, pretenden aplicarme solamente mismo empleo, yendo en contravía del DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ya que este criterio no fue tenido en cuenta para las respuestas emitidas por parte de la CNSC y del SENA a los derechos de petición.

TRIGÉSIMO SEXTO: El 21 de diciembre de 2022, mediante radicado de salida referencia 2022RE204228, la CNSC, informó cual criterio unificado usaron para realizar las autorizaciones y posteriores nombramientos, es decir, si fue por mismo empleo o fue por empleo equivalente, donde la CNSC yendo en contra de la ley 1960 autorizó el nombramiento de 21 empleos bajo el criterio unificado de mismo empleo: criterio que es inconstitucional ya que no respeta el estricto orden de Mérito, nombrando a esos 21 concursantes con puntajes inferiores a otros concursantes que tenían mejor lugar meritorio. (Se anexa copia de la respuesta como documentos y pruebas).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En respuesta dada por parte del SENA, el 26 de mayo de 2023 y mediante archivo adjunto en Excel informan que de los 190 nombramientos autorizados solo se han nombrado y posesionado a 100 concursantes, que hubo 24 abstenciones de nombramiento, es decir que a pesar que estaban autorizados por parte de la CNSC, el SENA se negó a realizar los nombramientos, que habían 11 casos especiales que tampoco nombraron, que 44 nombramientos fueron derogados, que otros 4 tampoco los quisieron nombrar, que otros 6 se encuentran pendientes.

(...)

CUATRIGESIMO: Teniendo en cuenta el hecho anterior se puede demostrar y evidenciar que Ni la CNSC ni el SENA, respetaron el estricto orden de mérito como por ejemplo que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC, autorizó el nombramiento en periodo de prueba para el área temática de seguridad y salud en el trabajo al señor MIGUEL ALEJANDRO JIMÉNEZ TEJERA-OPEC 59305, con un puntaje de 63.6 por encima del señor YARLEN ANDRÉS PEREA SÁNCHEZ - OPEC 59947, quien contaba con un puntaje de 82.83.

(...)

Por todo lo manifestado en este escrito, pido muy respetuosamente a este Honorable Tribunal, tener en cuenta que el SENA y la CNSC han actuado de mala fe, ya que los cargos si han existido y dichas entidades se han negado a hacer el uso de las listas de elegibles y proveer estas vacantes dando aplicación a la ley 1960 de 2019.”

1.2. Pretensiones

El tutelante solicitó al Despacho acceder a las siguientes:

“PRIMERO: ORDENAR que, en el plazo de 48 horas contados a partir de la notificación de esta decisión, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No 60450 denominado INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, al que concursó FREDY ENRIQUE FETECUA PEÑA, o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017, fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3., del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso de tiempo en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO). Acto seguido, de hallarlos, en el término de 48 horas contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles. Para tal efecto, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA deberá adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar el uso de la lista de elegibles.

SEGUNDO: La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud de la lista de elegibles por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a la OPEC 60450 con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3., del Decreto 1083 de 2015. Dentro de las 48 horas siguientes, el SENA expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, el cual enviará dentro de las 48 horas siguientes a la CNSC, quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

TERCERO: El estudio de equivalencias que se le realice al accionante deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020.

CUARTO: La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá elaborar la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los tres (3) días siguientes al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA quien deberá nombrar al aspirante FREDY ENRIQUE FETECUA PEÑA, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse.

QUINTO: Ordenar a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION dar cumplimiento al fallo y proceda a investigar a los presuntos responsables de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, por no dar aplicación retrospectiva de la Ley 1960 del 2019.

SEXTO: Teniendo en cuenta que si los cargos existían antes de vencer las listas de elegibles, era un deber legal hacer uso de listas de elegibles y se pueden hacer los respectivos nombramientos según sentencias No Fallo de Tutela No 25000-23-42-000-2019-00730-01DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ y Fallo No 11001220500020150070601 EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA LABORAL Magistrada Ponente DRA. LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO, confirmado por la Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente de segunda instancia DR. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. Ordenar a la procuraduría GENERAL DE LA NACION realizar los respectivos nombramientos en periodo de prueba en todos los cargos no ofertados y declarados desiertos.

SEPTIMO: Ordenar a la procuraduría General de La Nación que, mediante un comité especializado con funcionarios de la misma Procuraduría General de La Nación, verificar toda la planta general del SENA, respecto a todos los cargos que se encuentren con nombramiento provisional, en Encargo y en vacancia definitiva, y verificar con el Historial de los actos administrativos el por qué ni el SENA ni la CNSC le dieron cumplimiento a la ley 1960 y proveyeron definitivamente con listas de elegibles todos los cargos no ofertados que han existido en el SENA y cuya provisión debía darse en estricto orden de Mérito.

OCTAVO: Ordenar a La Procuraduría General de La Nación, realizar una investigación exhaustiva por posibles casos de corrupción al no hacer el USO de lista de elegibles con cargos no ofertados en todas las entidades que tienen o han tenido procesos de selección con la CNSC.

NOVENO: Ordenar a la Procuraduría General de La Nación, suspender el nuevo Concurso en el SENA, hasta tanto no se investiguen todas las irregularidades que se dieron en la convocatoria 436 de 2017 por posibles actos de corrupción en el concurso, y revisar si con estos nuevos cargos ofertados se podía hacer Uso de lista de ilegibles con los elegibles de la Convocatoria 436 de 2017.

DECIMO: Ordenar a La Procuraduría General de La Nación investigar si la CNSC y el SENA, le dieron cabal cumplimiento a todos los fallos de tutela en contra de dichas entidades que ordenaron EL USO de lista de elegibles con todos los cargos no ofertados

DECIMO PRIMERO: Ordenar a La CNSC que toda autorización de uso de lista de elegible para proveer cargos declarados desiertos o cargos no ofertados en aplicación a la ley 1960 de 2019 es un acto administrativo que tiene efectos jurídicos de carácter particular y concreto para los elegibles de la convocatoria 436 de 2017, por tal motivo, debe ser notificado además de publicado para que pueda ser oponible a los que se sientan con derechos en los mismos, por tal motivo, la CNSC debe publicar y notificar todos los actos administrativos de listas recompuestas, de listas generales y de autorización de listas de elegibles para proveer cargos de carrera. DECIMO SEGUNDO: ORDENAR a las accionadas que informen a este Despacho sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia.”

Aporta como pruebas:

- “1. Copia de mi resolución de lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017.
2. Sentencia 11001334204920210004200 del 05 de marzo de 2021 emitido por El Juzgado 12 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.
3. Copia del fallo de tutela No 11001-3335-012-2020-00315-01 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “A” que revoco los efectos intercommunis y exhortó a los concursantes a instaurar sus respectivas acciones de tutela.
4. Copia Fallo de Tutela No 25000-23-42-000-2019-00730-01 DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, respecto a nombramiento en listas vencidas.
5. Copia Fallo No 11001220500020150070601 EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL. Magistrada Ponente DRA. LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO falló en primera instancia a favor de LEIDY MARYORY GONZALEZ VARGAS, y confirmado por la Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente de segunda instancia DR. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. Respecto a nombramiento en listas vencidas.
6. Copia del criterio unificado del 22 de septiembre de 2020 publicado en octubre de 2020 donde se aprobó el USO DE LISTA DE ELEGIBLES con empleos equivalentes.
7. Copia del oficio emitido por la procuraduría con Radicado No. E-2023-428138 para investigar a la CNSC.
8. Respuesta de la CNSC donde informan todas las listas recompuestas, las cuales solamente fueron publicadas más no notificadas.
9. Copia de la autorización del uso de las listas de elegibles conformadas para la provisión de los empleos ofertados en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, para la provisión de nuevas vacantes en cumplimiento de Órdenes Judiciales con Radicado Nro. 20213201737902 del 05 de noviembre de 2021.
10. Copia de la autorización del uso de las listas de elegibles conformadas para la provisión de los empleos ofertados en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, para la provisión de nuevas vacantes en cumplimiento de Órdenes Judiciales con radicado No. 2021RE018008 del 15 de diciembre de 2021.
11. Copia de la respuesta dada por parte de la CNSC con Referencia: 2022RE204228 del 21 de diciembre de 2022, donde informan que autorizaron varios nombramientos con la figura del mismo empleo yendo en contra vía del fallo de tutela y de la ley 1960 de 2019 con lo cual entran en desacato.
12. Copia del fallo de tutela No 11001 33 35 029 2020 00342 00 emitido por JUZGADO VEINTINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – ORAL SECCIÓN SEGUNDA donde queda claro que la figura de mismo Empleo usada por parte de LA CNSC es inconstitucional.
13. Copia de la respuesta otorgada al concursante Oscar Alford, con el Asunto: Respuesta Radicados Nro. 2023RE117720 y 2023RE117723 del 12 de junio de 2022. Y la Referencia: 2023RE117720.

14. Copia de la respuesta otorgada al concursante Eduin Alberto Iglesias Pérez, con respecto a la solicitud de si el SENA reportó las vacantes, con radicado No 2023RS119432.”

1.3. Trámite Procesal y Contestación de la Demanda de Tutela

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2023, en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, al representante legal de la Entidad accionada, a quien se le concedió el término de dos (2) días para que rindieran informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma la entidad accionada, y vencido el término concedido para su intervención, contestó la presente acción de tutela de la siguiente forma:

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA [007].

Allegó contestación el 22 de noviembre de 2023 vía correo electrónico, suscrita por Coordinadora del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General de la entidad, quien manifiesta estar debidamente legitimada en la causa para emitir el correspondiente pronunciamiento.

Señaló que: *“Dentro del proceso de selección, el SENA reportó UNA (1) VACANTE del empleo denominado INSTRUCTOR – AREA TEMATICA GESTIÓN DE MERCADOS. Esta vacante se ofertó en la Convocatoria No. 436 de 2017 con el código OPEC 60450.*

7. *De acuerdo con los resultados de las pruebas aplicadas en el proceso, la CNSC en estricto orden de mérito, mediante la Resolución No CNSC – 20182120190635 del 24 de diciembre de 2018 conformó la lista de elegibles para UNA (1) VACANTE del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 60450 INSTRUCTOR – AREA TEMATICA GESTIÓN DE MERCADOS.*

8. *De conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó con 2 ciudadanos, encontrándose entre ellos el accionante en el puesto 2, con un puntaje de 62.12.*

9. *Dando cumplimiento a lo previsto en el Acuerdo de la Convocatoria y el Acuerdo No. 562 de 2016 de la CNSC (norma aplicable a la Convocatoria No. 436 de 2017), la única VACANTE ofertada con el código OPEC 60450, fue provista por LIZ ROJAS, quien ocupó la mejor posición meritoria de la lista, por lo que el accionante no alcanzó la posición meritoria para ser vinculada a la Entidad.*

10. *La lista de elegibles de la OPEC 60450 venció el 15 de enero de 2021”*

Sostuvo que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que el mismo aporó como prueba con el escrito de tutela, por lo cual debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa,

establecidos en la Ley 1437 de 2011, así mismo, que cuenta con la posibilidad de solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales.

Finalmente solicitó negar por improcedente las pretensiones del accionante, o en caso contrario denegar las pretensiones.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN [008]

Allegó contestación el 23 de noviembre de 2023 vía correo electrónico, suscrita por la apoderada de la oficina jurídica de la entidad, quien manifiesta estar debidamente legitimada en la causa para emitir el correspondiente pronunciamiento.

Señaló que el accionante no es parte dentro del trámite de la acción de tutela 11001334204920210004200, por lo tanto, no está legitimado en la causa por activa para solicitar su cumplimiento, por cuanto el fallo de tutela tiene efectos inter partes.

Manifestó que la PGN no actúa dentro de los procesos o trámites administrativos como abogado defensor de los sujetos o intervinientes, sino que procede conforme lo prevén la Constitución y la Ley, es decir, cuando sea necesario como garante de los derechos, sin que su actuación sea obligatoria, ni su presencia sea exigible para darle validez a lo actuado, inclusive los conceptos emitidos no son de obligatorio acogimiento por el parte del juez de conocimiento o de la autoridad administrativa y que la Procuraduría no coadministra las funciones de otras entidades, so pena de extralimitarse en alguna de sus competencias, lo cual le está prohibido.

Indicó que el oficio del Juzgado Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá Sección Segunda, tiene como fecha de registro en el Sistema de Gestión Documental SIGDEA de la PGN, el 07/07/2023 a Procuraduría Primera Distrital de instrucción, y que dicha solicitud fue remitida por competencia al Jefe de control interno disciplinario de la comisión nacional del servicio civil -CNSC-.

Sostuvo que respecto a las solicitudes de investigaciones le corresponde a la parte interesada elevar petición ante esta entidad, solicitando la intervención o el inicio de acciones, pues se insiste en que la acción de tutela fue concebida por el Legislador para proteger derechos de estirpe iusfundamental, cuando se vieran vulnerados o amenazados por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública o los particulares, no para intervenir ante autoridades estatales para lograr priorización de los procesos que éstas adelanten, pues ello contraría el principio de igualdad.

Mencionó que el caso que nos ocupa, la parte accionante no prueba la existencia de un perjuicio irremediable, ni de una amenaza concreta y fehaciente contra algún derecho fundamental que haga procedente la acción de tutela de manera transitoria, debiendo ser rechazada por improcedente.

Finalmente solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC [011]

Allegó contestación el 29 de noviembre de 2023 vía correo electrónico, suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de la entidad, quien manifiesta estar debidamente legitimado en la causa para emitir el correspondiente pronunciamiento.

Señaló que la comisión 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.

Mencionó que no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, circunstancias que no se perciben en la presente acción y en el presente caso el accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama.

Sostuvo que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, correspondiente al área temática de GESTIÓN DE MERCADOS identificado con el código de OPEC No.60450, ocupando la posición No. 2 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120190635 DEL 24/12/18, para proveer un (1) vacante del empleo referido y que el referido acto administrativo fue publicado el día 04/01/19, cobró firmeza total el día 15 de enero de 2019, por lo que su vigencia fue hasta el 15 de enero de 2021 lo que puede ser evidenciado en la página web del Banca Nacional de Listas de Elegibles (BNLE).

Indicó que se observa que el señor FREDY ENRIQUE FETECUA PEÑA ocupó la posición dos (2) en la lista de elegibles conformada Resolución No. CNSC 20182120190635 DEL 24/12/18, en consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa. Recuérdese que la Lista de elegibles venció desde el 15 de enero de 2021, se informa al Despacho que no es procedente hacer uso de la misma, por cuanto el uso de las Listas de elegibles, como ya se expuso, se debe dar durante su vigencia.

Manifestó que resulta erróneo concluir que por la simple pertenencia a una lista de elegibles se configure un derecho particular y concreto para ser nombrado en periodo de prueba, ya que para que aquello sea procedente, debe existir la vacante definitiva en las mismas condiciones que las ofertadas en el Concurso de Méritos, la lista debe continuar vigente y perentoriamente se debe ser el siguiente en estricto orden de mérito.

Finalmente señaló que en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles acaeció la pérdida de ejecutoria, así como por cuanto durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”.

Solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela.

Pruebas Aportadas con las Contestaciones:

SENA

- Oficio No. 2022RS001765 de 2022 de la CNSC. Autorización uso de listas de elegibles Conv. 436 de 2017 por estudios de equivalencia.
- Oficio No. 2022RS003437 de 2022 de la CNSC. Autorización uso de listas de elegibles Conv. 436 de 2017 por estudios de equivalencia.
- Lista de Elegibles OPEC.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

- Resolución No. 3298 del 01 de octubre de 2021, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
- Lista de elegibles.
- Respuesta Radicados Nro. 2023RE117720 y 2023RE117723 del 12 de junio de 2022.
- 2021-042 fallo.
- Respuesta a solicitud de información 21 de diciembre del 2022.
- Respuesta a solicitud a petición 6 de septiembre del 2023.
- Autorización uso de listas.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la acción de tutela.

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, también la norma que crea la acción indica que la acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.2 Alcance del principio de subsidiariedad de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, da cuenta que la acción de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre

y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.

Ello pone de presente la competencia subsidiaria y residual del juez de tutela para la protección de los derechos constitucionales. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión puramente litigioso, desnaturalizándose su finalidad de protección subsidiaria de derechos fundamentales.

En este mismo sentido, cabe hacer alusión a la sentencia T-406 de 2005, en la que la Corte señaló:

“(...) Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese como de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo (...).”

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, tal regla general encuentra excepción si el juez constitucional logra determinar que: i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; y ii) cuando se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.3. De la procedencia de la Acción de Tutela

La acción de tutela se encuentra concebida como un mecanismo ágil y sumario para la protección judicial de los derechos fundamentales (CP art. 86), la cual sólo está llamada a proceder cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-347/2016 en los siguientes términos:

*“Precisamente, a nivel normativo, el artículo 86 del Texto Superior establece que “[e]sta acción **solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**”. De igual forma, el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela”, dispone en el artículo 6 que la misma no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales”. Esto significa que, como mandato general, la acción de tutela no es*

procedente cuando quien la interpone cuenta con otra vía de defensa judicial para ventilar el asunto y lograr su protección.”

Así mismo, respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

“(…) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente”¹. Negritillas por el Despacho

Así pues, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa, que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Es así como se tiene entonces que, para determinar la procedencia excepcional de la tutela, con el fin de solicitar el cumplimiento de una orden judicial que establezca una obligación de dar, que la Corte Constitucional² exige los siguientes requisitos: *(i) que se compruebe la afectación de otros derechos fundamentales del accionante, y (ii) que los mecanismos judiciales ordinarios no sean eficaces o idóneos para el resguardo de los mismos.*

De acuerdo con la anterior pauta jurisprudencial, concluye este Despacho que es imperativo que quien depreca el amparo de un derecho constitucional fundamental, haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico. Aunado a lo anterior, la falta de diligencia, renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa previstos en la normativa legal por parte del demandante, establece una causal válida para declarar la improcedencia de la acción constitucional frente al caso particular.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 076 de 2009.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-454 de 2012

Así mismo, el ejercicio de la presente acción tampoco habilita al juez constitucional para sustituir los procedimientos ordinarios o interferir, a menos que exista un perjuicio irremediable, en la órbita de competencia de los demás operadores judiciales.

Respecto al principio de **inmediatez** la Corte Constitucional en Sentencia T – 081 del 9 de marzo de 2022 Magistrado ponente Doctor Alejandro Linares Cantillo señaló:

“

47. **Inmediatez:** Este tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del Texto Superior. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable y expedito, pues, de lo contrario, se desdibujaría el objeto constitucional para el cual fue previsto³.
48. Además de lo anterior, es claro que el requisito de inmediatez evita que el amparo se emplee como un medio que premie la desidia y la indiferencia en la defensa de los derechos, al tiempo que impide que se convierta en un factor de inseguridad jurídica, sobre todo cuando se reclaman cuestiones de carácter litigioso o cuando de por medio se hallan derechos de terceros.
49. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso concreto– verificar si el ejercicio de la acción se realizó en un intervalo prudente y razonable, luego de acaecidos los hechos que motivan su ejercicio⁴, lo que implica valorar las circunstancias personales del actor, su diligencia, sus posibilidades reales de defensa y el surgimiento de derechos de terceros⁵. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.
50. Como parámetro general, en varias sentencias, esta corporación ha dicho que, ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo prudente y oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante⁶. Por tal razón, a manera ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable⁷.
51. Ahora bien, para determinar la razonabilidad del tiempo, en procura de establecer si existe o no una tardanza injustificada e irrazonable, este tribunal ha trazado las

³ Corte Constitucional, sentencia T-444 de 2013.

⁴ Corte Constitucional, sentencias SU-961 de 1999, T-291 de 2017 y SU-150 de 2021.

⁵ Véanse, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999, T-282 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-018 de 2008 y T-491 de 2009.

⁶ Corte Constitucional, sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

⁷ *Ibidem*. Sobre el particular también se puede consultar la sentencia T-013 de 2005.

siguientes subreglas⁸: (i) que exista un motivo válido para la inactividad del actor; (ii) que el mismo no vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia⁹; y (iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos del interesado. Excepcionalmente, si el fundamento de la acción de tutela surge después de acaecida la actuación vulneradora de los derechos fundamentales, de cualquier forma, (iv) su ejercicio debe realizarse en un plazo no muy alejado de dicha situación¹⁰. “

3. Caso Concreto

Una vez analizados los argumentos contenidos en la solicitud de amparo, resulta evidente que la controversia planteada podrá resolverse a través de los medios ordinarios de protección contra las decisiones con los que no está de acuerdo el accionante, que son medios de defensa idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos que consideró se vieron vulnerados con las acciones u omisiones realizadas por parte de las entidades accionadas.

De acuerdo con lo anterior, en el caso bajo consideración, el ejercicio de la acción de tutela resulta improcedente, en razón a que dicho amparo se encuentra gobernado por el principio de subsidiariedad, según el cual esta no tiene cabida *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales...”*.

Por esta razón acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia, son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Así mismo, no se allegó prueba de que haya iniciado algún proceso ante la jurisdicción competente tendiente a obtener lo aquí pretendido, por lo que no hay motivos determinados que puedan establecer que dicho mecanismo de defensa judicial no es idóneo y suficiente y que requiera la intervención del juez constitucional.

Observa el despacho que lo pretendido por el accionante está debidamente reglamentado en la normatividad que rige el concurso de méritos, por lo tanto, el reporte de vacantes, el uso de listas de elegibles, así como los nombramientos en periodo de prueba deben ceñirse a términos establecidos para cada etapa del

⁸ Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-743 de 2008, T-189 de 2009, T-491 de 2009, T-328 de 2010 y T-444 de 2013.

⁹ Corte Constitucional, sentencias T-661 de 2011 y T-140 de 2012.

¹⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia T-1063 de 2012, en la que se expuso que: *“(…) tratándose de tutelas contra sentencias, el requisito de la inmediatez debe analizarse de forma estricta, por lo que es necesario establecer si, en efecto, la sentencia SU-917 de 2010, es un hecho completamente nuevo, razón por la cual la accionante solo pudo interponer la acción casi 6 años después de la sentencia de segunda instancia y si, siendo así, después de expedida la sentencia, la tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. (...)”*. Énfasis por fuera del texto original.

proceso y no le es posible al juez de tutela modificar dichos procedimientos y plazos ya establecidos.

Igualmente, la presente acción también resulta improcedente toda vez que no satisface el requisito de inmediatez, pues las pretensiones del accionante recaen sobre un concurso de meritos del año 2017, cuya lista de elegibles venció el 15 de enero del año 2021, como el mismo lo indicó, por lo tanto, han pasado más de 2 años desde que la lista de elegibles a la cual perteneció el señor Fetecua Peña perdió su vigencia sin que se encuentre justificada en la presente acción la inactividad del accionante.

A partir de las anteriores consideraciones, encuentra este estrado judicial que el tutelante no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable que se pretenda evitar, al menos de manera transitoria a través del mecanismo de amparo constitucional.

Por lo tanto, en el presente asunto es viable concluir que la tutela es improcedente lo anterior, porque desconoce el principio de subsidiariedad e inmediatez que gobiernan este mecanismo excepcional, ya que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para hacer efectiva la protección reclamada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comunicar a las partes por el medio más expedito la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

CLM.

Firmado Por:
Antonio Jose Reyes Medina
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 025 Contencioso Adm
sección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **2ba7f4383c60925528820cb0b5c9febb66c30506504d708860a64d22fcc16ead**

Documento generado en 04/12/2023 03:02:21 PM

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