El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: MÍNIMO VITAL / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / NOMBRAMIENTO POR CONCURSO / ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / SUBSIDIARIEDAD / PERJUICIO IRREMEDIABLE / CARGA PROBATORIA.**

… la queja constitucional de la parte actora se circunscribe a que las entidades se hayan negado a aplicar el criterio ampliado sobre la aplicación de la lista de elegibles para cargos equivalentes a los que fueron ofertados en la respectiva convocatoria…

… los debates sobre la legalidad de la actuación de las entidades accionadas exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona el accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial…

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control de nulidad simple, o de ser el caso nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además cuenta con un robusto régimen de medidas cautelares (artículos 229 y ss CPACA) al que se puede acceder desde la presentación de la demanda…

Hecha la valoración concreta de la eficacia del medio de control para el caso concreto, no se evidencian razones para negar la misma, así como tampoco se aprecian razones para concluir la existencia de un perjuicio irremediable que habilite el estudio de procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. Lo anterior porque en el expediente no obra prueba alguna que señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad, que permita inferir la necesidad o urgencia de intervención impostergable del juez de tutela; nótese que el demandante nada informa al respecto, y ningún elemento sólido de juicio presenta para demostrar que la falta de nombramiento en el cargo al que aspira, le genere un notorio daño, como lo sería a su mínimo vital…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DOS DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

Magistrado Ponente: Carlos Mauricio García Barajas

Pereira, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Acta N° 407 del 25-08-2022

Sentencia: ST2-0214-2022

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación formulada por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 13 de julio pasado, dentro de la acción de tutela que promovió́ Carlos Alberto Valencia González contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, trámite al que fueron vinculados la Coordinadora del Grupo de Relaciones Laborales de la primera entidad y el Director de Administración de Carrera Administrativa de la segunda.

**ANTECEDENTES**

**1.** Del escrito de tutela se advierte que el actor se ha desempeñado por más de nueve años como instructor contratista, en el sector de ventas y mercadeo, al servicio el SENA, y estuvo vinculado en provisionalidad para el año 2018 y 2019. Participó en la convocatoria 436 de 2017 a efecto de aspirar a ese mismo empleo y, agotadas las etapas correspondientes, la CNSC expidió lista de elegibles para proveer una vacante, en el cual él quedó ubicado en el segundo puesto.

El SENA es un establecimiento público del orden Nacional, naturaleza por la cual cuenta con una planta global y por lo mismo puede continuar con los nombramientos de la lista de elegibles, independientemente de la ubicación geográfica. No obstante, esa entidad se niega a reportar a la CNSC los cargos que estuvieran vacantes para la vigencia de la mencionada convocatoria o que queden en esa situación posteriormente, para “*su respectiva asignación mediante lista de elegibles”,* con lo cual pretende proveer cargos al margen del concurso de méritos, en desconocimiento de las normas y jurisprudencia sobre la extensión de la lista de elegibles para cargos “*equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso*”, así como de las directrices suministradas al respecto por la CNSC.

A pesar de que en otros casos el SENA dispuso la posibilidad de nombramiento en empleos equivalentes, en el suyo ningún ofrecimiento se hizo al respecto. Motivo por el cual desde el 28 de enero de este año solicitó a esa entidad información de las vacantes definitivas en empleos de nivel instructor en el área de gestión de mercados o en empleos equivalentes y con posterioridad pidió a la CNSC autorizar al SENA la utilización de la lista de elegibles a efecto de poder realizar su designación laboral por carrera, sin embargo las respuestas fueron negativas en el entendido de que los cargos ofertados ya se encontraban cubiertos de manera definitiva. No obstante, de la revisión de la nueva OPEC se observa la existencia de varias vacantes a nivel nacional.

Para finalizar, señaló que él es un sujeto de especial protección, por su calidad de pre pensionado, pues cuenta con sesenta años.

Para la protección de sus derechos a la vida digna, la igualdad, el trabajo, el debido proceso y el acceso a cargos públicos, solicita se ordene al SENA demostrar que ha reportado en la plataforma SIMO las vacantes existentes en esa entidad bajo el concepto de empleo equivalente o en caso de que a ello no hubiere procedido, realizar el cargue respectivo. Así mismo que en colaboración con la CNSC realicen su nombramiento en la vacante de instructor de gestión de mercados ubicado en el SENA Regional Risaralda o “en cualquiera de los empleos vacantes existentes en la entidad”[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 30 de junio pasado, el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional.

El SENA refirió que de conformidad con las reglas de la convocatoria 436 de 2017 el único cargo vacante (instructor grado 1) fue provisto por la persona que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles (el demandante quedó en el segundo lugar). De conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC la lista de elegibles puede ser extendida a cargos que no fueron ofertados en la convocatoria siempre y cuando se trata de “mismos empleos”, empero de conformidad con lo ordenado por el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá ese criterio fue ampliado al de “empleos equivalentes”. Esas reglas, aplicadas al caso concreto, generaron la confección de una nueva lista de elegibles para una vacante, listado en el cual el actor ocupó el décimo lugar. Ahora en el evento de que se reporten más vacantes equivalentes al cargo al que se postuló el actor, esa entidad procederá a reportarlas a la CNSC a efecto de poder utilizar esa lista de elegibles para su provisión. Por otra parte, sostuvo que la tutela es improcedente por incumplir el presupuesto de la subsidiariedad.[[2]](#footnote-3)

La CNSC manifestó: (i) la acción de tutela es improcedente al concurrir otros medios de defensa judicial y no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable; (ii) la Ley 1960 de 2019 solo aplica para convocatorias aprobados por la CNSC con posterioridad a la fecha de vigencia de esa norma, es decir que el proceso de selección en el que participó el demandante que data del año 2017, no debe ser sometido a tal disposición; (iii) la lista de elegibles, en la cual el actor ocupó el segundo lugar, estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2021; (vi) al SENA le corresponde identificar los empleos vacantes no convocados y en consecuencia, esa entidad debe solicitar el uso de la lista de elegibles, de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa No. 001 de 2020 y (v) la posibilidad de usar la lista de elegibles para cargos cuya vacancia se generó luego de la convocatoria, tiene una duración de dos años, es decir durante su vigencia[[3]](#footnote-4).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 13 de julio último, el juzgado de primera instancia declaró improcedente el amparo tras considerar que se encuentra demostrado que durante todo el proceso de selección las demandadas han acatado el ordenamiento legal y los fallos judiciales; el hecho de ubicarse en lista de elegibles solo constituye una expectativa laboral, como quiera que primero se requiere ser nombrado en el cargo y luego superar el periodo de prueba. Además, de encontrarse en desacuerdo el demandante con la actuación de las accionadas puede debatir sobre su legalidad en uso de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho[[4]](#footnote-5).

**4. Impugnación:** Alegó el actor que no es cierto que cuente con otro medio de defensa judicial para solucionar el caso, al contrario la acción de tutela constituye el mecanismo de protección principal para proteger el derecho al trabajo, lesionado por las entidades competentes cuando atenten contra la objetividad del mérito. Por otra parte, no se puede hablar de inaplicabilidad de la Ley 1960 de 2019, cuando, de conformidad con la jurisprudencia, es posible cumplir sus reglas para casos en que la lista de elegible se encontrara vigente luego del pronunciamiento de esa ley. Insiste en que el SENA ha desconocido el precedente judicial al no publicar la existencia de nuevas vacantes generadas desde el 17 de enero de 2021 y que en aplicación del precedente de “empleo equivalente”, debe ser merecedor de la designación en carrera administrativa, empero las demandadas han nombrado a otros participantes del concurso de méritos, unos de los cuales hasta con menor puntaje que él[[5]](#footnote-6).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso sometido a consideración, se observa que la queja constitucional de la parte actora se circunscribe a que las entidades se hayan negado a aplicar el criterio ampliado sobre la aplicación de la lista de elegibles para cargos equivalentes a los que fueron ofertados en la respectiva convocatoria. Fincado en ello, pretende por esta senda se les ordene adelantar las gestiones respectivas a efecto de materializar su nombramiento en cualquiera empleo que cumpla tal característica.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico que debe resolver esta Sala es si la acción de tutela resulta procedente para definir tal debate y, de serlo, si con aquel proceder se incurrió en lesión alguna de derechos del actor.

**3.** Como primera medida es preciso señalar que el demandante se encuentra legitimado en la causa por activa al ser participante en la convocatoria en cuya cual ocupó el segundo puesto en la lista inicial de elegibles. Por pasiva se encuentran legitimadas la CNSC y el SENA como entidades con potestad para establecer los cargos a los que podría acceder el actor y materializar su eventual nombramiento en carrera administrativa.

**4.** A no dudarlo, los debates sobre la legalidad de la actuación de las entidades accionadas exceden, en principio, la órbita de competencia del juez constitucional quien, aun cuando la acción o la omisión de la autoridad pueda afectar o amenazar derechos fundamentales como lo pregona el accionante, solo está llamado a intervenir si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o si lo hace como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto la controversia cuenta en el medio de control de nulidad simple, o de ser el caso nulidad y restablecimiento del derecho, con el espacio propicio para adelantar el debate que acá se plantea, mecanismo que además cuenta con un robusto régimen de medidas cautelares (artículos 229 y ss CPACA) al que se puede acceder desde la presentación de la demanda y que permite, a su vez, inferir su eficacia para el asunto concreto. Lo anterior hace improcedente la intervención de la justicia constitucional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, que de manera generalizada ha sentado posición sobre la improcedencia de la acción de amparo para atacar decisiones o actuaciones de las entidades encargadas de convocar a procesos de selección. En un caso en el que también se debatía sobre la posibilidad de incluir en la oferta de empleos a proveer, aquellos cuya vacancia se generara con posterioridad a la convocatoria del proceso de selección, esta Sala especificó:

*“En efecto, el señor Carvajal Echavarría, asegura que en esa audiencia debieron incluirse 14 vacantes que, según él entiende, estaban disponibles para ocupar su cargo en Pereira, sin embargo, tanto la DIAN como la CNSC, infirman sus argumentos, y ante tal controversia, refulge el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como medio especial, idóneo, amplio y revestido de toda clase de medidas cautelares y garantías, para remediar lo que considera que es una posición equivocada de las entidades encausadas (Arts. 229 y ss. CPACA.).*

…

*En un caso de similares contornos la Corte Suprema de Justica explicó:*

*De otro lado, se observa que la censura de la parte accionante se dirige en contra de los actos administrativos que se han expedido por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el marco de la convocatoria 436 de 2017 para la provisión de los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA, incluido aquel contenido en la Resolución No. CNSC-20182120142575 del 17 de octubre de 2018, publicada el 26 de octubre siguiente y que adquirió́ firmeza el 7 de noviembre posterior, por medio del cual se conformó́ la lista de elegibles para el cargo OPEC 61617, así́ como la respuesta adversa ofrecida frente a su reclamación mediante oficio del 9 de julio de 2018.*

*Advierte la Sala que si bien la decisión por medio de la cual se resolvió́ negativamente la reclamación promovida por el actor está contenida en un oficio, ello no le quita su carácter de acto administrativo, pues independientemente de la forma del instrumento o mecanismo que use la Administración (resoluciones, oficios, circulares, instrucciones, etc.) para materializar las determinaciones que adopta, si este contiene la voluntad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica general o particular y concreta, es un acto administrativo susceptible de control judicial. (Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo. 1o de noviembre de 2012, Rad. 25000-23-27-000-2007-00251-01(17927)).*

*En ese orden, manifiesto es que el demandante puede refutar el contenido de tales determinaciones a través del «medio de control» de nulidad y restablecimiento del derecho.”* Sentencia: ST2-0264-2022 del 03 de agosto de 2022

Hecha la valoración concreta de la eficacia del medio de control para el caso concreto, no se evidencian razones para negar la misma, así como tampoco se aprecian razones para concluir la existencia de un perjuicio irremediable que habilite el estudio de procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. Lo anterior porque en el expediente no obra prueba alguna que señale la existencia de un menoscabo inmediato de tal magnitud o gravedad, que permita inferir la necesidad o urgencia de intervención impostergable del juez de tutela; nótese que el demandante nada informa al respecto, y ningún elemento sólido de juicio presenta para demostrar que la falta de nombramiento en el cargo al que aspira, le genere un notorio daño, como lo sería a su mínimo vital. Nunca afirma estar desvinculado, o depender de manera exclusiva del ingreso que pretende obtener de ese empleo para la satisfacción de sus necesidades básicas, por el contrario, se infiere que mantiene su calidad de contratista de la accionada. Además, no está el actor ante un evento de negativa de nombramiento de una vacante existente, a pesar de ocupar el primer lugar de los elegibles. Por el contrario, lo que muestra el expediente es que para la primera OPEC en que se inscribió ocupó el segundo lugar, habiendo sido ocupado el cargo en propiedad por quien ocupó el primer sitio; y una vez ofrecidas dos nuevas vacantes, y unificadas las distintas listas existentes, quedó ocupando una posición que tampoco le permitió su nombramiento en propiedad.

Ahora aunque alegó el demandante tener la calidad de pre pensionado, en razón a su edad de 60 años, lo cierto es que esa supuesta condición no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia, primero porque aquí la controversia guarda relación con el nombramiento en propiedad y no con el mantenimiento en el cargo de provisionalidad que dice haber ocupado para el año 2018 y 2019, o la condición de contratista que afirma, durante más de nueve años ha tenido en el SENA, en aplicación de la estabilidad laboral reforzada; y segundo porque, si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de extender el análisis a esa última figura, tampoco existiría certeza sobre la procedencia del amparo, no solo por lo dicho con antelación, sino porque no obra constancia de que el actor haya solicitado al SENA respetar aquel estatus de pre pensionado para no desvincularlo en la condición en la que se encuentra contratado, al margen de la existencia de un concurso de méritos para proveer el cargo que ocupa.

**5.** En suma, el amparo, tal como lo infirió la primera instancia, resulta improcedente al incumplir el presupuesto de la subsidiariedad y no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable. En estas condiciones, el fallo recurrido debe ser confirmado.

**6.** Por lo expuesto, la Sala Dos de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia impugnada, de fecha y procedencia.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Documento 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 06 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Documento 07 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Documento 08 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 11 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)