



SALVAMENTO DE VOTO

Referencia:	Proceso:	Acción de tutela
	Accionante:	Juan Pablo Ríos Rodríguez
	Accionado:	Comisión Nacional del Servicio Civil y SENA
	Ponente:	Dr. Darío Hernán Nanclares Vélez.
	Radicado:	05001311000820210027102

Con el debido respeto me permito disentir de la decisión adoptada, por las razones que a continuación se exponen:

En mi sentir, debió confirmarse la decisión de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela, toda vez que, debe ser la justicia de lo contencioso administrativo quien dirima la controversia planteada.

Adentrándose en el contexto del asunto, se tiene que el actor solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el debido proceso, el acceso a cargos públicos y el mínimo vital que consideró vulnerados por las accionadas, pidiendo en consecuencia se le nombre y posea en período de prueba para un empleo igual o equivalente al de la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, para el cual dijo haber concursado y agotado todas las etapas del concurso correspondiente a la convocatoria N° 436 de 2017, -para proveer en carrera administrativa algunos cargos del SENA-, bien sea que se haya ofertado o no, pues considera que se encuentra en la primera posición como elegible, dado que en la lista conformada mediante la Resolución N° 218212019495 del 24 de diciembre de 2018 ocupó el tercer lugar, de la cual se nombró a los dos primeros, pero a él no, aun cuando la Ley 1960 de 2019, y el Criterio Unificado, de 22 de septiembre de 2020, de la CNSC, establecen el uso de esa lista de

elegibles, para designarlo, en alguna vacante adicional, reportada por el SENA, o una equivalente.

Ahora bien, como fundamentos fácticos de su pretensión dijo que ya venía laborando para el SENA mediante contrato de prestación de servicios desde 10 de febrero de 2011, renovándose en forma continua, siendo el último contrato suscrito el 31 de enero de 2021, en el cargo de “instructor de área, gestión administrativa y financiera -contabilidad”, que el 8 de abril de 2021 fue notificado de la Resolución N° 25-9512-0293 del 6 de abril de 2021 mediante el cual se le nombró en período de prueba en el cargo denominado “instructor, grado 1, OPEC N° 142501 IDP 8727, el cual aceptó el 9 de abril siguiente, por lo que por solicitud del Centro de Biotecnología Agropecuaria de la Regional de Cundinamarca del SENA “renunció” al contrato de prestación de servicios, al no poder ser simultáneamente contratista y empleado de la planta de esa entidad, pues tenía la confianza legítima de haber obtenido un cargo en propiedad en la institución para la cual llevaba laborando más de diez años.

Que tomó posesión del cargo para el que fue nombrado [Instructor Grado 13 OPEC 142501 IDP 8727], fue afiliado al Sistema de Seguridad Social y se le creó la cuenta de correo Institucional, amén que se le hizo la respectiva inducción el 4 de mayo de 2021 y fue presentado ante su nueva coordinadora. Empero el mismo día, la CNSC le notificó la Resolución 1106 de 28 de abril de 2021 “por la cual se deja sin efectos la Resolución N° 0593 del 12 de marzo de 2021, por medio de la cual se consolida y expide la lista consolidada de elegibles para proveer dos (2) vacantes adicionales reportadas por el SENA, del empleo denominado instructor, código 3010, grado 01, identificado con el código OPEC N° 142501”, **en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela con radicado 05 001 3103 2021 00001 00 instaurada por Ana Aurora Ruiz Aguas, en el marco de la convocatoria N° 436 de 2017 SENA**”, a la cual “nunca fue vinculado” para ejercer su defensa.

Que al solicitar que le fuera aclarada su situación le fue entregada la Resolución N° 25951206608 del 14 de mayo de 2021 “*por la cual se*

declara la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución N° 293 de 2021 por la cual se efectúa un nombramiento en período de prueba” suscrita por el subdirector de ese centro “a pesar de que no participó en la mencionada tutela”, había renunciado a su contrato de prestación de servicios por instrucción de esa entidad y adquirido un derecho de carrera.

Con base en lo anterior, consideró la Sala mayoritaria que por parte del SENA se violaron los derechos fundamentales del accionante puesto que en él (advirtiendo que es cabeza de familia), radica el derecho a que, durante la vigencia de la lista de elegibles, conformada mediante la Resolución 20182120194945 del 24 de diciembre de 2018 para proveer dos vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 58586 denominado instructor, código 3010, grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- ofertadas a través de la Convocatoria No. 436 de 2017, se le nombre en ese cargo o en uno igual o equivalente, lo que desconoció el SENA de manera injustificada, pese a la existencia de empleos en los cuales lo puede hacer y que en contraposición a lo colegido por la *a quo*, el auxilio se torna procedente porque se satisfacen los presupuestos jurisprudenciales decantados en las sentencias T-340 de 2020 y T-081 del 6 de abril de 2021, como son:

“(a) Para el 27 de junio de 2019, cuando entró a regir la Ley 1960 de 2019¹, se encontraba en vigencia la lista de elegibles, conformada mediante la Resolución 20182120194945, de 24 de diciembre de 2018, (b) el accionante es el siguiente, en el orden del mérito, en la mencionada lista de elegibles, para ser nombrado, en alguno de los mencionados cargos, (c) varios de los cuales están vacantes, desde las referidas fechas, y, (d) según lo certificado por el SENA, son equivalentes a los inicialmente ofertados y para los cuales concursó el demandante, es decir, corresponden a su denominación, grado, código, funciones y asignación básica”.

Sin embargo, no puede la suscrita avalar lo anterior, si precisamente fue la ponente de la sentencia del 18 de marzo de 2021, emitida dentro de la acción de tutela promovida por Ana Aurora Ruz Aguas, dentro del

¹ Publicada en el Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

radicado 05 001 3110 003 2021 00001 01, que revocó la proferida por el Juez Tercero de Familia de Oralidad el 22 de enero de 2021, complementada en decisión del 8 de marzo de la misma anualidad en la que el *a quo* adujo un criterio similar al ahora adoptado por la Sala Mayoritaria. Fue esa providencia la que originó que, por parte del SENA, se emitiera la Resolución 1106 de 28 de abril de 2021 *“por la cual se deja sin efectos la Resolución N° 0593 del 12 de marzo de 2021, por medio de la cual se consolida y expide la lista consolidada de elegibles para proveer dos (2) vacantes adicionales reportadas por el SENA, del empleo denominado instructor, código 3010, grado 01, identificado con el código OPEC N° 142501”*, acto que entre otros, refiere el hoy actor como transgresor de sus derechos fundamentales.

En aquella decisión, sostuvo la Sala Quinta de Decisión en la que, reitero, fui ponente, para revocar la decisión del juez de primera instancia que la acción de tutela no ha sido diseñada para sustituir los medios judiciales ordinarios de defensa,² tales como el medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, **cuando se pretende como en el caso cuestionar el criterio unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” de 16 de enero de 2020, emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil**, y para concluir que no se causó perjuicio irremediable a la accionante, pese a argüir la falta de eficacia del mecanismo ordinario para la reclamación de la protección de sus derechos, dado que ello implicaba unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requería solución inmediata, se trajo a colación lo dicho por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 531 de 1993,³ que al referirse al perjuicio irremediable indicó que se trata de un *“concepto abierto”* que debe ser precisado por el juez en cada caso concreto, a su vez que permite al funcionario judicial *“darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión”*.⁴

²Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

³ Eso sostuvo esta Corporación en la sentencia C-531 de 1993 mediante la cual declaró la inexecutable del inciso segundo del numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, precepto que definía el perjuicio irremediable como aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

⁴ Sentencia C-531 de 1993.

Que, sólo de la apreciación de las circunstancias fácticas de cada caso es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable, que según la sentencia T- 1316 de 2001, debe reunir las siguientes características: *“... En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”*

Que si falta alguno, debe aplicarse la regla general de improcedencia de la tutela cuando existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz.

Por eso concluyó la Sala que asuntos como el de la accionante en aquel trámite -que hacía parte de la misma lista a la que perteneció el actor y que contrario a lo por él manifestado, fue vinculado a la acción-, escapa a la órbita del juez constitucional, *“si en cuenta se tiene que aunque la señora Ana Aurora Ruiz Aguas reclamó frente a las accionadas, recomponer la lista de elegibles contenida en la resolución No. 20182120186195 con la totalidad de las vacantes definitivas correspondientes a los empleos con igual denominación, código, grado, asignación salarial, funciones y ubicación geográfica, de la OPEC 60889, denominado INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 01, para el cual participó en la convocatoria No. 436 de 2017 del SENA, como también que inicien los trámites correspondientes a su nombramiento y posesión en período de prueba en cargos de similares características reportados por el SENA, ninguna situación de urgencia demostró, como para no poder esperar a las resultas del proceso ordinario a que se hizo referencia en precedencia; de otro lado, quedó probado que los ocupantes de los dos primeros lugares en la referida lista fueron*

designados y debidamente posesionados, como se infiere de la contestación del informe rendido por el SENA y sus anexos.”

Se citó en aquella providencia, como ahora lo hace la suscrita en el presente salvamento lo dicho por la Máxima Falladora en materia Constitucional en cuanto a que:

“Las consideraciones sobre la lentitud y morosidad de los procesos administrativos no pueden conducir a la configuración de un perjuicio irremediable por cuanto el proceso judicial, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere de un cierto tiempo, entre otras razones, por la necesidad de preservar garantías constitucionales de las partes. La congestión judicial y demoras de los procesos es una realidad innegable, que aun cuando es necesario corregir en la medida de lo posible, imponen para las partes una carga que deben asumir, salvo en los casos en que excepcionalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha identificado para la defensa de los derechos fundamentales. No puede el juez de tutela, sin vulnerar el derecho a la igualdad y sin que realmente concurra la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, alterar esa situación para conocer en sede de tutela, de manera anticipada y sumaria, lo que debe ser objeto de decisión por el juez ordinario.” (Sentencia T-343 de 2001).

Entonces, es clara mi posición en cuanto a que, no es el juez constitucional el competente para definir cuestionamientos como el planteado por el señor Ríos Rodríguez, frente al criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, la que compartió el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, en sentencia del 13 de julio de 2021, dentro del radicado 05 001 33 33 031 2021 00190 00, en la que en un caso con aristas similares al que es objeto de mi descenso, dijo:

“En todo caso, el señor David Esteban Taborda debió demandar la determinación de la CNSC -Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, del 1 de agosto de 2019, que determinó que los acuerdos de convocatoria que se hubiesen aprobado antes de la entrada en vigencia de esa norma debían regirse por la regulación anterior y, en tal caso, las listas de elegibles que de ellas

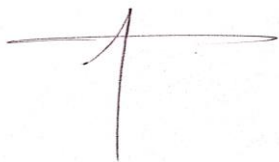
emanen solo pueden ser usadas para las vacantes ofertadas en esos mismos acuerdos, decisión que es contraria al interés del actor. (...)

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia del 27 de noviembre de 2020 explicó que resulta improcedente la aplicación retroactiva de la Ley 1960 de 2019, en tanto, dicha disposición únicamente comenzó a surtir efectos a partir de su publicación-27 de junio de 2019-, tal como el mismo artículo 7 lo consagró, por lo que continúa vigente y surtiendo efectos para el concurso de méritos del cual hace parte el actor, las normas contenidas en la Ley 909 de 2004, entre las cuales se encuentra el artículo 31 numeral 4 y que hace referencia al uso de la lista de elegibles.

Sumado a ello, precisó el Tribunal que no le compete al Juez constitucional darle una interpretación contraria a la norma, cuando la misma consagró expresamente la fecha en que comenzaría a regir y menos aún, puede desconocer los conceptos fijados por la autoridad competente- CNSC- para fijar las reglas de la convocatoria que en conjunto con el Departamento Administrativo de Función Pública establecieron como se daría aplicación a la Ley 1960 de 2019 y cuales procesos de selección quedarían sujetos a lo allí dispuesto.”

De esta forma dejó sentada mi posición.

Atentamente,



Luz Dary Sánchez Taborda

Magistrada

Fecha Ut Supra.