

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -
RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinticinco (25) julio de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No. 486

Hora: 6:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente a la acción de tutela interpuesta por el señor Abelardo Aguirre Vanegas, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (En lo sucesivo CNSC) y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (en adelante SENA).

2. ANTECEDENTES

2.2 El supuesto fáctico del amparo solicitado por el accionante es el siguiente:

- Viene prestando sus servicios en calidad de contratista en el SENA regional Risaralda, desde el 18 de enero de 1999 al 30 de agosto de 2007. Fue nombrado en provisionalidad desde el 31 de agosto de 2008, hasta la fecha.
- El cargo que ocupa fue reportado ante la C.N.S.C. el 7 de diciembre del 2009, tal como lo dispone la misiva No 2-2011-010026. El reporte fue realizado con posterioridad a la convocatoria del concurso No. 1 del 2005, para proveer los cargos con vacancia definitiva en el SENA.
- De acuerdo al cronograma publicado por la C.N.S.C., el cargo que ocupa no pertenecía a ningún grupo o etapa de la "*Oferta pública de empleos de carrera OPEC*", de empleos con vacancia definitiva.
- El citado cargo fue sacado a "*Oferta pública de empleos de carrera OPEC*", situación que no le dio posibilidad de concursar para el mismo en virtud a que su posesión en provisionalidad del

cargo (31 de agosto de 2008), fue posterior a la convocatoria para proveer la vacancia definitiva de esos puestos.

- A través del oficio No 1 2011 012447, el SENA reportó como vacante el cargo de instructor con número 51112 ante la Oferta Pública de Empleos (OPEC), para proveerlo con la persona que se encuentre en turno de elegibles, situación que considera injusta, ya que el cargo fue ofertado con posterioridad a la convocatoria número 1/ 2005, lo que le impidió concursar, hecho que vulneró sus derechos al debido proceso, a un trato igual, la confianza legítima, y el libre acceso a la administración pública.
- Existen evidencias de desorden institucional, ineficiencia y falta de control efectivo sobre los cargos ofertados, lo que conduce a una violación de los derechos de muchos empleados que se encuentran en provisionalidad, pues como está acreditado en un comunicado que anexa a la tutela, algunos cargos fueron ofertados desde el año de 1990 y ante la pregunta si existe un error de digitación se mantiene como cierta la información suministrada, según lo expuesto en la comunicación 2-2011-010026 suscrita por la Coordinadora del Grupo de Relaciones Laborales del SENA.
- La Corte Constitucional se pronunció frente al concurso convocado por la Fiscalía General de la Nación y limitó la incorporación masiva de funcionarios a esa entidad, tras determinar que los ganadores del concurso deberán ocupar los cargos existentes y los restantes sólo podrían hacerlo en condición de provisionalidad. Además ordenó que se convocara a un nuevo concurso.
- Por lo tanto las plazas que no fueron sacadas a concurso en la convocatoria 01 del 2005 deben mantener sus nombramientos provisionales, hasta que se surta una nueva convocatoria, por lo cual solo se puede aplicar la lista de elegibles a los cargos ofertados.

2.3 De acuerdo a lo expuesto el actor solicita que mediante un fallo de tutela se disponga lo siguiente: i) se ordene al SENA respetar su nombramiento en provisionalidad hasta que se realice un nuevo concurso, para que pueda participar por el puesto que se viene ocupando, en iguales condiciones con los demás postulantes; ii) se ordene respetar los nombramientos provisionales que fueron reportados después de la convocatoria No. 1 del año 2005 y iii) se conmine al SENA y al CNSC, para que convoquen a un nuevo concurso para los cargos ofertados con posterioridad a la citada convocatoria.

2.4 El actor anexó los siguientes documentos: i) copia de acta de posesión como " Instructor Grado 10 del SENA del 31 de agosto de 2007; ii) copia de la Resolución 00058 del 31 de agosto de 2007; iii) oficio 2-2011-010026 del 29 de junio de 2011 de la Dirección General del SENA.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 La coordinadora del grupo de relaciones laborales del SENA manifestó lo siguiente:

- Hizo referencia a las disposiciones relacionadas con la provisión de cargos en el sector público, señalando que en el caso del SENA se aplicaba la ley 909 de 2004, que define la carrera administrativa, indicando que en el caso específico de esa entidad los empleos que no se encuentren provistos con personas con derechos de carrera, deben ser sujetos de provisión definitiva siguiendo los órdenes establecidos en el artículo 7° del decreto 1227 del 2005..
- En cumplimiento de la Resolución 171 del 5 de diciembre de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó la convocatoria número 1 de ese año, para el proceso de selección mediante el cual se proveerán por concurso abierto de méritos, los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial, regidas por la ley 909 de 2004, entre ellos los cargos vacantes del SENA que se encuentran provistos mediante encargo o nombramiento provisional.
- Todos los empleos de carrera administrativa como el que ocupa el actor, que no puedan ser provistos mediante los seis (6) órdenes determinados en el decreto 1227 de 2005, deben ser cubiertos mediante concurso de méritos, por lo cual no es cierto el argumento del accionante según el cual su cargo no se podía reportar para ser ofertado mediante ese mecanismo de selección.
- La convocatoria fue de público conocimiento y en ella podían participar todas las personas que cumplieran los requisitos exigidos para cada cargo, sin que en ningún momento el SENA le hubiera impedido al actor concursar para el empleo que ocupa actualmente en provisionalidad.
- El primer reporte de cargos vacantes lo realizó el SENA en el aplicativo de la Comisión Nacional de Servicio Civil, el 16 de junio de 2008 para el nivel profesional y asesor.

- Para el segundo informe de cargos vacantes efectuado el 7 de diciembre de 2009, el SENA reportó en el aplicativo de la misma comisión los puestos para el nivel técnico (dentro de los cuales se encuentran los cargos de instructor como el que ocupa en provisionalidad el accionante) y asistencial, en cumplimiento a lo señalado en la circular 53 del 27 de octubre de 2009.
- El accionante fue nombrado en provisionalidad y posesionado en el cargo de instructor (nivel técnico) según resolución 0058 de 2007, con acta de posesión del 21 de agosto de 2007, razón por la cual el cargo que ocupa en la actualidad fue reportado con el número de OPEC 51112 el 9 diciembre de 2009, con lo cual se demuestra que el reporte de empleos se hizo 2 años y 2 meses después de su nombramiento en la entidad.
- Lo anterior demuestra que el SENA efectuó el reporte de vacantes de acuerdo a las directrices impartidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como ente encargado de administrar los procesos para proveer los cargos de carrera administrativa.
- El accionante tenía conocimiento de que su vinculación al SENA estaba sometida a la provisión definitiva del cargo, ya que en la resolución 58 del 2007 se dijo que había sido nombrado en provisionalidad para cubrir una vacante definitiva por el término de seis meses, fuera de que en la resolución 43 de 2008 se autorizó la prórroga de los nombramientos provisionales hasta el momento en que se expidieran las correspondientes listas de elegibles, lo cual fue aceptado por el actor mediante acta de posesión del 29 de febrero de 2008, quien incluso a la fecha se encuentra prestando sus servicios provisionalmente al SENA.
- En la sentencia T-289 de 2011 la Corte Constitucional dijo que los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozaban del fuero de estabilidad que amparaba a las personas que habían ingresado al servicio mediante concurso de méritos, pese a lo cual los provisionales tenían una estabilidad relativa en la medida en que no podían ser removidos de su empleo mientras no fuera provisto el cargo a través de un concurso.
- En este caso no resultan aplicable la sentencia SU - 446 de 2011 de la Corte Constitucional, relacionada con el concurso para la provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación, que además solo ha sido conocida por un comunicado.

- La información sobre la fecha de provisión 01/ 01/ 1900 corresponde a un tecnicismo del aplicativo de la Comisión Nacional del Servicio Civil para reportar empleos que para la fecha del reporte no tenían ningún funcionario vinculado. En el caso del accionante la fecha reportada para provisión tal como se indicó expresamente es el 31 de agosto de 2008, cuando se posesionó del cargo como está demostrado con el número de OPEC 51112.

Por lo tanto solicitó que no se accediera a las pretensiones de la demanda.

Se anexaron los siguientes documentos: i) copia de la Resolución 001899 de 2007; ii) copia de la Resolución 01130 de 2011; iii) Copia de la Circular 53 de 2009 y iv) ; resoluciones 108 / 2007 y 143 / 2008

3.2 Por su parte la asesora de la Comisión Nacional del Servicio Civil se pronunció sobre las pretensiones del actor, así:

- Hizo referencia inicialmente a las normas de rango constitucional y legal que regulan la provisión de empleos públicos, indicando que la ley 909 de 2004, estableció la naturaleza jurídica de la C.N.S.C., su composición y requisitos que debían cumplir sus miembros y además ordenó que en el año siguiente a su conformación se debía proceder a la convocatoria de concursos abiertos para proveer los empleos de carrera administrativa que estuvieran provistos mediante nombramiento en provisionalidad o por encargo. Igualmente citó jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional sobre la materia.
- En el caso concreto del accionante, su nombramiento en provisionalidad no le genera de manera automática el derecho a estar inscrito en un cargo de carrera, ya que de procederse así primaria el interés particular sobre el general, en la medida en que para la convocatoria 001 de 2005 se inscribieron más de 600.000 personas, con base en unas reglas de juego que no han sido anuladas por la autoridad competente y que no se pueden modificar, ya que se afectarían los principios de mérito e igualdad de la carrera administrativa lo mismo que los de economía, celeridad, eficiencia y eficacia.
- El accionante no se inscribió para la convocatoria 001 de 2005, situación que resulta ajena a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales le garantizó a todas las personas la posibilidad de participar dentro el concurso de méritos, con base en los reportes de las entidades que determinaron la planta de personal a proveer mediante concurso.

- El actor no tiene un derecho adquirido respecto al empleo que ejerce en el SENA, ya que la única manera de acceder a la carrera administrativa es superar los concursos, por lo cual en este caso existe una carencia total de objeto tutelable, en lo referente a la C.N.S.C. , por lo cual pide que se niegue el amparo solicitado

Anexó copia de la resolución 0206 del 7 de febrero de 2011 por la cual se delega en la Dra. Johanna Benítez Paéz, la competencia para ejercer la representación judicial de la C.N.S.C.

4. CONSIDERACIONES LEGALES

4.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción de tutela, con base en lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 1º del Decreto 1382 de 2000.

4.2 Los problemas jurídicos a resolver son los siguientes : i) si la acción de tutela es procedente en este caso y ii) de superarse el *test* de procedibilidad, se debe examinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos del accionante al ofertar mediante concurso el cargo de " Instructor Grado 10 " del SENA , que desempeña actualmente en provisionalidad, ya que según afirma el actor, ese empleo no fue incluido en la convocatoria 01 de 2005 que se hizo para proveer cargos de carrera en esa institución.

4.3 Sobre la procedencia del amparo solicitado:

4.3.1 En el caso *sub lite*, el accionante considera que el hecho de que se hubiera reportado a la Comisión Nacional del Servicio Civil el cargo que ocupa en provisionalidad, como " Instructor " con el número 51112 del SENA, para proveerlo con la persona en turno en la lista de elegibles, genera una vulneración de sus garantías, ya que ese empleo fue ofertado con posterioridad a la convocatoria 01 de 2005, por lo cual no pudo participar en el concurso organizado para proveer ese puesto. Por lo tanto solicita que mediante un fallo de tutela se ordene al SENA respetar su nombramiento en provisionalidad hasta que se convoque a un nuevo concurso de méritos, a efectos de que pueda participar en condiciones de igualdad con los demás aspirantes.

4.3.2 Por su parte la representante del SENA manifestó que la citada convocatoria tenía como objeto proveer por concurso abierto de méritos los cargos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la ley 909 de 2004, entre ellos

los cargos vacantes en el SENA que estaban provistos mediante encargo o nombramiento provisional.

4.3.3 En esta caso está demostrado que el señor Aguirre Vanegas fue nombrado el 31 de agosto de 2007 como " Instructor Grado 10 " de la regional Risaralda " *en provisionalidad, para cubrir una vacante definitiva hasta por un término de seis meses*" y que el SENA en cumplimiento de la Circular 53 del 27 de octubre de 2009 reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil los cargos de nivel técnico, (como el que ocupa el accionante), que deben ser cubiertos con las personas que participaron en el concurso de méritos (convocatoria 01 de 2005), la cual fue realizada antes de que el accionante fuera vinculado al SENA en provisionalidad.

4.3.4 Se advierte que el actor pretende que se deje sin efectos un acto de carácter general y abstracto, como la citada convocatoria, a efectos de que se le garantice i) su continuidad laboral en provisionalidad y ii) la posibilidad de concursar para ese cargo, aduciendo una situación que no fue demostrada, ya que no existe prueba de que el empleo que ocupa no hubiera hecho parte de esa convocatoria, pues la prueba documental allegada demuestra una situación contraria, ya que el cargo que ocupa actualmente el señor Aguirre no estaba desempeñado por un funcionario de carrera, sino que se hallaba en vacancia definitiva, lo que indica que debe ser cubierto por quien haya aprobado y superado el concurso respectivo, en el cual no participó el accionante.

4.3.5 Por lo tanto se considera que en este caso se debe atender a lo consignado en la respuesta remitida por la representante del SENA, que se encuentra contenida en un documento público según lo dispuesto por el artículo 251 del C. de P.C. y que se entiende rendida bajo juramento, como lo dispone el artículo 19 *in fine*, del decreto 2591 de 1991, de la cual se desprende que la convocatoria 01 de 2005 comprendía los cargos vacantes en esa entidad que estaban cubiertos mediante encargo o nombramiento en provisionalidad, como el empleo que viene desempeñando el accionante.

En ese orden de ideas no sería procedente entrar a analizar los efectos de una situación derivada de una norma de carácter general, como el Acuerdo 01 de 2005, en atención a lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 así: "*La acción de tutela no procederá...5 Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto*"

4.3.6 Al respecto debe citarse lo expuesto en la doctrina de la Corte Constitucional así:

“ Cuando el enunciado de la norma jurídica consagra situaciones genéricas y comprende un conjunto indefinido de sujetos, a ella sometidos, por un precepto de mandato o prohibición, que son determinables mediante la aplicación de predicados que la misma fórmula en términos de características abstractas, se dice que se trata de un acto regla o general. Por su propia naturaleza, el acto de este linaje, no crea situaciones jurídicas subjetivas y concretas y por lo mismo, tampoco puede lesionar por si sola derechos de ésta índole que es lo que la Constitución y la ley requieren para que la acción de tutela sea viable...”¹

A su vez en la sentencia T-045 de 2011 la misma corporación expuso lo siguiente:

3. Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos

(...)

3.1. 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 procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.² Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada:³ (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que

¹ Corte Constitucional . Sentencia T- 225 a T-400 junio 17 de 1992

² Ver la sentencia T-315 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) y T-1998 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

³ T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

los vulneran⁴ o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional⁵ y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.^{6 7}

4.3.7 Con base en esas consideraciones se concluye i) que el actor puede recurrir a las acciones ordinarias, en caso de que se produzca el nombramiento de la persona que sea designada en su cargo por haber superado las fases del concurso de méritos ; ii) no existe un derecho de relevancia constitucional a permanecer en su cargo, ya que en la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dicho que las personas nombradas en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, mientras se provee el cargo por medio de un concurso y iii) el actor no allegó ninguna prueba que demostrara la existencia de un perjuicio irremediable, que permitiera la interposición de la presente acción de tutela.

Teniendo en cuenta las razones antes expuestas, se considera que no se supera el *test* de proedibilidad del amparo solicitado, por lo cual se debe declarar improcedente la presente acción de tutela.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: SE DECLARA IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida el señor ABELARDO AGUIRRE VANEGAS en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-.

⁴ Ver, por ejemplo, la sentencia T-046 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados.

⁵ Ver por ejemplo las sentencias T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-256 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-325 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-455 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-459 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-083 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-133 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁶ Sentencia: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa): según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

⁷ Corte Constitucional . Sentencia T -045 de 2011

SEGUNDO: NOTIFIQUESE esta decisión al accionante y la entidad accionada, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si el fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del mismo decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario