

SEÑOR
JUEZ CONSTITUCIONAL EN SEDE DE TUTELA – REPARTO
E. S. D.

Referencia: Acción de tutela
Accionante: DIANA MARCELA HOYOS CUERVO.
Accionados: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA - Y
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC -

DIANA MARCELA HOYOS CUERVO, mayor de edad, obrando en nombre propio, identificada con cédula de ciudadanía número 30.394.753, acudo a su despacho a solicitarle el amparo constitucional establecido en el Art. 86 de la Constitución Política denominado ACCION DE TUTELA en contra de SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA - Y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC - , y contra cualquier otra persona o autoridad que su Despacho considere necesario vincular a la presente acción, en defensa de los derechos constitucionales fundamentales cuya protección se invoca a continuación:

HECHOS

1. Participé en la convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, opec 62079. Profesional Grado 6, del sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

2. Mi número de inscripción como aspirante fue 91905769, con un puntaje final de 70.91.

3. Con la Resolución No. CNSC – 20182120145845 del 17-10-2018 se conformó la lista de elegibles, ocupando la suscrita el **segundo puesto**. El primer lugar fue ocupado por Juliana María Montoya Tabares, C.C. 30.398833 con un puntaje de 71,77; quien efectivamente se posesionó, según respuesta a derecho de petición del 11 de enero de 2019 y que la suscrita interpusiera el 26 de diciembre de 2018 ante el SENA.

El vencimiento de la referida lista es el 05 de noviembre de 2020.

4. Interpuse derecho de petición en el SENA, el 19 de marzo de 2019, en el que elevé las siguientes solicitudes:

1. Solicito comedidamente se informe **cuántas vacantes** a nivel nacional y en **qué lugares** se hayan las mismas para cargos de igual o similar naturaleza a las que me presentara con ocasión de la convocatoria.
2. Solicito comedidamente se informe **cuántas vacantes** a nivel nacional y en **qué lugares** se hayan las mismas para cargos con igual número de opec, que no hubiesen podido ser cubiertas, bien porque los concursantes no cumplieran con los requisitos del cargo en el momento de verificación, por no aceptación de los integrantes de la lista, o porque nadie se presentó a las mismas.
3. Se indique si el SENA se encuentra autorizado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para hacer uso de las listas de elegibles, en caso de vacantes que no pudieron ser cubiertas por diferentes situaciones pero que efectivamente se sacaron a concurso. En caso afirmativo, adjuntar copia del acto administrativo.
4. Se indique si el SENA se encuentra autorizado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para hacer uso de las listas de elegibles fruto de la convocatoria, en caso de nuevas vacantes, es decir, aquellas que resultaron con posterioridad a la convocatoria. En caso afirmativo, adjuntar copia del acto administrativo.

5. De encontrar viable la solicitud, es decir, si existen vacantes para cargos similares en otros lugares del territorio Colombiano, respetuosamente requiero se efectúe mi nombramiento.

El 21 de marzo de 2019, en respuesta que recibí de la referida entidad, entre otros argumentos, se indicó:

“De manera atenta le informo que la provisión definitiva de empleos de carrera, además de encontrar sustento legal en la Ley 909 de 2004, se encuentra prevista en el Decreto 648 de 2017, modificadorio del Decreto 1083 de 2015, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. *Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
2. *Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
3. *Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
4. *Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

*PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, **durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.** (...). (destacado fuera de la cita)*

De acuerdo con lo anterior, ***las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva con ocasión al retiro del funcionario designado***, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que Usted continúe en orden de mérito para ser nombrada, será oportunamente informada”. (Última negrilla y cursiva fuera de texto)

5. El 27 de junio de 2019, se expide la Ley 1960, Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Su artículo 6, reza:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

2 (...)

3 (...)

4. ***Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados,***

que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad” (Negrilla fuera de texto)

6. El 30 de enero de 2020, interpose derecho de petición ante el SENA, cuya pretensión, señaló:

“... Se informe si el SENA elevó solicitud de autorización a la CNSC para el uso de las listas de elegibles dentro de la convocatoria No. 436 de 2017. En caso afirmativo, señalar si dentro de dicho requerimiento se encontraba la opec 62079. Profesional Grado 6.

- Indicar si ya hubo pronunciamiento de la CNSC y cuál fue la respuesta de dicha entidad. De igual forma cuál es el paso a seguir quienes conformamos la lista de elegibles para postulación a las vacantes existentes...”

En respuesta del SENA del 3 de febrero de 2020 se invocaron entre otras normas y argumentos los siguientes:

“Decreto 1083 de 2015. ARTÍCULO 2.2.5.3.2

PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. (...)”.

Ahora bien y con relación al uso de listas de elegibles, la CNSC en Comunicación No. 20191020121341 del 12 de marzo de 2019, se pronunció en los siguientes términos:

“(...) Por lo tanto, el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de méritos, ni los empleos declarados desiertos y en consecuencia, si Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo (...) ofertado en la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, se encuentra por el momento en espera que se genere una vacantes del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista (...).

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó (...)”. (el destacado es del texto original).

En consecuencia y aclarado lo anterior, el uso de lista solicitado es improcedente hasta tanto la persona posesionada en el empleo OPEC No. 62079, se retire del servicio durante la vigencia de la lista y Usted continúe en estricto orden de mérito. (NEGRILLA, CURSIVA SUBRAYA FUERA DE TEXTO)

(...)

Finalmente y con relación al uso de listas establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificatorio del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, le informo que la CNSC en su calidad de responsable de administrar el Banco Nacional de Listas de elegibles conforme lo establecen los literales e) y f) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, en Criterio Unificado de fecha 1º de agosto de 2019, aclaró:

“(...) Así las cosas, las listas de elegibles en firme con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019 así como aquellas listas que se expiden como consecuencia de una convocatoria aprobada con anterioridad a la vigencia de la ley mencionada, siguen las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y de las establecidas en los acuerdos de convocatoria.

Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada". (destacado fuera de la cita)

7. El 21 de noviembre de 2019 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, a través de sentencia radicado 76001333302120190023401 y con ocasión de acción de tutela de la que conociera en segunda instancia, instaurada por una ciudadana que había participado en un concurso de méritos en el ICBF, y puntualmente respecto de la Ley 1960 de 2019 antes citada expuso:

La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 so pretexto del "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos *inter comunis*, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido en la sentencia T-946 de 2011².

La CNSC revocó el artículo cuarto de la resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6° de la ley 1960 de 2019 que derogó el N° 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, que dispone "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".

Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y superó el concurso de méritos.

La anterior interpretación encuentra respaldo en el artículo 125 Superior que reza:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...).

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que *“...el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.”*¹⁰

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1° de agosto de 2019 sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que dispone que las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de listas de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria; por tal razón la Sala lo inaplicará por inconstitucional¹¹, en este caso concreto y con efectos *inter cónmunis* para la lista de elegibles contenida en resolución No. CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018.

8. La Comisión Nacional del Servicio Civil, el 16 de enero de 2020 emite el criterio unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", en el que se indicó

“Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 da agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio do 2019", junto con su Aclaración”. (Negrilla propia)

9. Teniendo en cuenta lo descrito, y toda vez que la respuesta del SENA del 3 de febrero de 2020 invocaba el criterio unificado del 1 de agosto de 2019 que ya no se encontraba vigente, de nuevo acudo al derecho de petición el 27 de febrero de 2020. Del mismo dan respuesta el 27 de marzo de 2020 (fecha a la que llega a mi correo electrónico), y en el que manifiestan:

“...De manera atenta le informo que la provisión definitiva de empleos de carrera, además de encontrar sustento legal en la Ley 909 de 2004, se encuentra prevista en el Decreto 648 de 2017, modificatorio del Decreto 1083 de 2015, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

*PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, **durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.** (...)*. (destacado fuera de la cita)

Frente a ello, la Comisión Nacional del Servicio Civil en Concepto No. 20192120127851 del 15 de marzo de 2019, informó al SENA:

*“(...) Bajo este marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los **empleos inicialmente convocados**, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), situación en la que se encontrarían las Listas de Elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA.*

*En este orden, se precisa que las Listas de Elegibles se conforman por empleo, por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en período de prueba, **no reagrupa o integra listas de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas (...)**”. (el destacado es del texto original).*

De acuerdo con lo anterior, las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que Usted **continúe en orden de mérito** para ser nombrado en la OPEC 58282, será oportunamente informada, comoquiera que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito, para proveer una única vacante de esa OPEC, en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado....”

Es decir, hacen caso omiso a las nuevas directrices de la CNSC en lo que al uso de las listas de elegibles se refiere, en el contexto de la Ley 1960 de 2019, criterio unificado del 16 de enero de 2020.

De igual forma y en respuesta a otros planteamientos elevados en el derecho de petición, explican que en Caldas no hay vacantes, que en otras Regionales sí:

| REGIONAL | Descripción Centro de Costo | ID PLANTA |
|-----------|----------------------------------|-----------|
| ANTIOQUIA | DESPACHO DIRECCION | 395 |
| CESAR | DESPACHO DIRECCION | 8232 |
| CESAR | CENTRO BIOTECNOLOGICO DEL CARIBE | 4299 |

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 85 y 86 de la Constitución Política
Decretos 305, 306 y 2591 de 1992, reglamentarios de la acción de tutela
Artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
Demás normas concordantes.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con los hechos narrados considero el SENA y la CNSC han vulnerado mis derechos fundamentales al trabajo (Art. 25 C.P), igualdad (Art. 13 C.P), debido proceso (Art. 29 C.P) y acceso a cargos públicos por mérito (Art. 125 C.P).

Es manifiesto mi interés por acceder en igualdad de condiciones a un cargo equivalente diferente al convocado pues el mismo ya fue proveído; no obstante, y pese a que en la Constitución Nacional se indica que éste (el trabajo) es una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, lo único que he encontrado son obstáculos que han impedido la materialización del mismo.

Siendo el mérito la forma en que constitucional y legalmente se accede a la carrera administrativa, las entidades que necesitan proveer los cargos, en este caso particular el SENA, en asocio con la CNSC que es quien se encarga de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, no han procedido en consonancia, como paso a explicar.

Establece el criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC:

“...De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC...”

Así las cosas, si bien la CNSC le dio aplicación a lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 1960 de 2020 y a lo ordenado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en lo que a listas de elegibles anteriores a la vigencia de la ley en comento respecta y que ya no es objeto de debate ni cuestionamiento; la comisión nuevamente y con ocasión de la expedición del último criterio unificador **adicionó una serie de requisitos que la ley no consagra.**

El numeral 4 del artículo ejusdem, simple y llanamente señala que en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso “...y las **vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**” (Subraya y negrita propia). Es decir, la Ley en ningún caso contempla los criterios añadidos por la CNSC a saber “...y que correspondan a los **"mismos empleos"** enténdase igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC...”, pues con estos requisitos lo único que estaría haciendo la CNSC sería adicionando la ley, facultad que sobra decir excede la órbita de sus funciones, y en consecuencia entorpece y obstaculiza la provisión de otras vacantes definitivas en cargos equivalentes no convocados como única exigencia legal.

Adviértase como la CNSC en este criterio habla de **"mismos empleos"**, haciendo caso omiso de lo que la ley dispone, esto es, **"cargos equivalentes"**.

Si se deben reunir la totalidad de esos requerimientos, se excluye de manera abierta la posibilidad de “otras” vacantes, pues solo serían “las mismas” vacantes que fueron convocadas las que reunirían todos y cada uno de los requisitos adicionales, y esas vacantes precisamente ya se encuentra cubiertas por quienes ocuparan el primer puesto.

No se pueden imponer cargas y requisitos al concursante diferentes de los que la Ley contempla, pues ello se encuentra en franca oposición con el principio de legalidad; y en contraposición del mismo criterio emitido en enero hogaoño, por la CNSC en el que se dispuso:

“El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección”.

No existiría lugar a la equivalencia o similitud en un cargo, si lo que pretende la CNSC es la identidad, homogeneidad o igualdad en el cargo (**"mismos empleos"**), lo que como ya se anotara viola el principio de Legalidad y devendría en una burla a ocupar un cargo público por mérito en virtud de una lista de elegibles. Nótese que ni siquiera se trata de una interpretación restrictiva de la CNSC, es una adición normativa para la cual no se halla facultada.

Fue muy claro el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca al señalar que ignorar el art. 125 de la C.P deviene en criterios subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo y el amiguismo al momento de proveer las vacantes y que el criterio unificado del 1 de agosto de 2019 establecía limitantes claramente inconstitucionales y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019 ya hacíamos parte de una lista de elegibles; es así como la sala lo inaplica por inconstitucional. La misma situación se presenta en el nuevo criterio (del 16 de enero de 2020), en el que de manera soslayada la CNSC decide aplicar lo dispuesto por el Tribunal, pero a su amaño, es decir para todas las listas, incluidas las anteriores a la entrada en vigencia de la ley, pero para los **"mismos empleos"**, o sea para ningún empleo, pues la palabra **mismos** difiere diametralmente de **equivalentes** que es lo que la ley ordena.

Expuesta la situación, y de conformidad con las respuestas dadas por el SENA en derechos de petición transcritos, existen 3 vacantes para cargos similares, en los Departamentos de Antioquia (1) y en Cesar (2). No obstante, la entidad no precisó verbigracia, qué vacantes existen en las demás regionales que pese a estar provistas, el nombramiento haya sido en provisionalidad o encargo.

Ahora bien y en lo que respecta al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, es pertinente señalar que es el único medio con el que en la actualidad cuento, pues de promover una acción contencioso administrativa vería cercenados mis derechos fundamentales y en consecuencia un perjuicio irremediable (la imposibilidad de acceder al cargo previo nombramiento en vigencia de la lista de elegibles) ya que el tiempo transcurrido para el fallo de la misma superaría con creces el vencimiento de la lista de elegibles, que como bien se indica en la página de la CNSC data del 05 de noviembre de 2020 (1). Ya no habría nada que hacer, y todo el esfuerzo de preparación para presentar un examen, quedar de segunda en la lista de elegibles e ingresar a la carrera administrativa por mérito, serían timados.

Sobre el particular en la **Sentencia T-049/19** (reitera sentencias T-311 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y SU-772 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte Constitucional sostuvo:

“...1.4. *Subsidiariedad*

1.4.1. Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado...”

Por su parte la misma corporación en **Sentencia T-180/15**, señaló:

“... ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Así mismo en la **Sentencia T-112 A** de 2014 de la Honorable Corte, manifestó:

“...que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata...”

De igual forma la **Sentencia SU 913** de 2009 del Alto Tribunal, expuso:

“... La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata

1 <http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>

de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos...”

Los medios de control consagrados en el CPACA no serían eficaces ni idóneos, pues de instaurarlos necesariamente me vería avocada a extensos términos judiciales y la congestión en dicha jurisdicción; por tal motivo mis derechos fundamentales se verían conculcados, pues se me impediría el acceso a un cargo público en igualdad de condiciones y por mérito; máxime cuando se tiene conocimiento de la existencia de la vacante respectiva.

Finalmente, en la circular externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020, la CNSC esbozó:

“... 3. Solicitar uso de listas de elegibles.

El Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces, deberá solicitar a esta Comisión Nacional la autorización para el uso de las listas de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los “mismos empleos” identificados con un número OPEC.

Las solicitudes para el uso de listas deberán ser remitidas a través de la ventanilla única de la CNSC, ingresando a la página web <https://www.cnsc.aov.co/> enlace “Ingrese a la Ventanilla Única de la CNSC” o “PQRS”.

(...)

Finalmente se recuerda que tanto el Representante Legal de la entidad y el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces, serán los responsables del reporte de la OPEC y que el no reporte oportuno del mismo constituye una omisión administrativa que podrá ser sancionada por la CNSC, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.”

No obstante, en el último Derecho de Petición que la suscrita presentará ante el SENA, y al cuestionarlos si elevaron solicitud de autorización a la CNSC para el uso de las listas de elegibles dentro de la convocatoria No. 436 de 2017, la respuesta de la entidad fue la siguiente:

“...Por lo tanto, teniendo en cuenta que el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, corresponde a dicha Entidad aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017, que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes, motivo por el cual, en caso de que se determine que usted cuenta con el orden de mérito para ser nombrada, será oportunamente informada...”.

Bajo este escenario, ni el SENA solicita la autorización, ni la CNSC ha aprobado el uso de las listas de elegibles de esa convocatoria, lo cual puede ser corroborado, en la página web de la CNSC, donde el SENA no se encuentra “En “uso de listas”(2), sustrayéndose ambas entidades a proveer de acuerdo a artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad, y

² <https://www.cnsc.gov.co/index.php/convocatorias/en-uso-de-listas>

que de hecho existen según información suministrada por el SENA en derecho de petición.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos y derechos invocados, solicito del señor Juez lo siguiente:

PRIMERO: Se tutelen mis derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos por mérito, vienen siendo vulnerados por la CNSC y el SENA.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordene a los accionados que en un término breve y perentorio informen al despacho judicial la totalidad de las vacantes definitivas para cargos equivalentes en cada una de la Regionales del país (con cada uno de sus centros); incluidas aquellas que se encuentren provistas en provisionalidad, encargo o cualquier otra situación administrativa de la que se desprenda que si bien el cargo en la actualidad está desempeñándose por algún funcionario, éste no está en carrera administrativa.

TERCERO: Se ordene a la CNSC y al SENA que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los tramites administrativos a los que haya lugar para que se de cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles de mi convocatoria Resolución No. CNSC – 20182120145845 del 17-10-2018 *"Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 62079, denominado Profesional, Grado 6, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017- SENA"*, para que me nombren y posesionen en la Regional Caldas de existir la vacante; o en su defecto se me de a escoger de otras vacantes definitivas que se hallen en otras Regionales del SENA, y evitar de esa manera un perjuicio irremediable.

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales cuya protección se invoca, solicito de manera comedida se sirva tener como pruebas las siguientes:

1- DOCUMENTAL:

- Acuerdo No. CNSC-20171000000116 del 24-07-2017 "Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para provee definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, Convocatoria No. 436 de 2017- SENA.
- *Resolución No. CNSC – 20182120145845 del 17-10-2018 "Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 62079, denominado Profesional, Grado 6, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017- SENA"*
- Derechos de Petición interpuestos por la accionante, con sus respectivas respuestas.
- Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", del 16 de enero de 2020.
- Circular externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020 de la CNSC.

2. Solicito su señoría, se ordene a los accionados que en un término breve y perentorio informen al despacho judicial la totalidad de las vacantes definitivas para cargos equivalentes en cada una de la Regionales del país (con cada uno de sus centros); incluidas aquellas que se encuentren provistas en provisionalidad,

encargo o cualquier otra situación administrativa de la que se desprenda que si bien el cargo en la actualidad está desempeñándose por algún funcionario, éste no está en carrera administrativa.

3. Las demás que usted considere pertinente decretar y practicar de oficio.

CUMPLIMIENTO AL ART. 37 DEL DCTO 2591/91: JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento afirmo que no he presentado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos objeto de la tutela.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he promovido otra acción de tutela, con fundamento en los mismos hechos y derechos relacionados en este escrito ni contra la misma entidad ante ninguna autoridad judicial.

ANEXOS

- Los relacionados como prueba documental.
- Sentencia radicado 76001333302120190023401 del 21 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, a través de sentencia radicado 76001333302120190023401

NOTIFICACIONES

Las accionadas reciben notificaciones en sus respectivas sedes administrativas de la ciudad de Bogotá

La accionante recibe notificaciones en el correo electrónico hoyos62@gmail.com.
Celular: 3004929106.

Del señor Juez, respetuosamente;

Diana M Hoyos C
DIANA MARCELA HOYOS CUERVO.
C.C. 30.394.753.