



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO ADMINISTRATIVO CIRCUITO DE MEDELLÍN

Sentencia No.127

Medellín, 18 de agosto de 2020.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00).
Demandantes	Gustavo Adolfo Pineda Pineda (CC.98.578.135) Wilson Bastos Delgado (CC. 91.238.400)
Demandada	Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC
Decisión	Niega amparo

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la tutela promovida por el señor Gustavo Adolfo Pineda Pineda, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, acumulada con la tutela presentada por el señor Wilson Bastos Delgado, contra las mismas autoridades.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demandas.

Hechos

Indican, en resumen:

Que mediante Acuerdo No 20171000000116 del 24 de Julio de 2017, la CNSC convocó al proceso de selección los empleos en vacantes definitivas de Carrera Administrativa de la planta global de personal del SENA, que se llamó convocatoria 436 de 2017 SENA.

Con las listas de elegibles, resultado de la convocatoria, se proveyeron todas las vacantes inicialmente convocadas en cada OPEC, incluidas todas las 76 listas o empleos OPEC de Instructor en Gestión Administrativa.

Que el señor **Gustavo Adolfo Pineda Pineda**, obtuvo una calificación final con 82,01 puntos, OPEC 58995, ubicación geográfica del municipio de Medellín, ocupando hoy, la primera posición en la lista de elegibles en el Departamento de Antioquia y a nivel del país.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

Que el señor **Wilson Bastos Delgado** obtuvo una calificación final con 81.72 puntos, OPEC 59953, en Piedecuesta Santander, con la primera posición en la lista de elegibles del Departamento de Santander, y segunda a nivel Nacional.

Que se encuentran en la entidad 12 vacantes *no ofertadas*, para proveerlas conforme la nueva Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática instructor en gestión administrativa, para el cual los accionantes concursaron, pero a pesar de sus altos puntajes (primer y segundo lugar a nivel nacional a hoy), las accionadas no les ofrecieron ninguna de tales vacantes, porque ninguna corresponde a la ubicación geográfica del municipio al que concursaron, esto es, Medellín y Piedecuesta, respectivamente.

Que la planta de Personal del SENA es global, como entidad nacional, y según el manual específico de funciones y competencias el empleo de instructor código 3010 G 1 al 20, en Instructor en Gestión Administrativa, es uno sólo y el mismo para cualquier ubicación geográfica de los Centros de Formación.

Que para las vacantes definitivas *no convocadas*, objeto de la presente acción, que surgieron con posterioridad a la convocatoria, con base en la ley 1960 de junio de 2019, la CNSC expidió un criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 001 de 2020 de la CNSC, y ahí establece que tales vacantes deben ser para elegibles del “mismo empleo” que incluye la ubicación geográfica, representada en la entidad territorial del municipio de la OPEC donde quedó la vacante, que se convirtió en el factor determinante de provisión del empleo, reemplazando el criterio del mérito.

Que tanto en el Departamento de Antioquia, como en Santander existen vacantes disponibles (Itagüí, Rionegro y Málaga) para el área temática Instructor en Gestión Administrativa.

Que existe una vacante definitiva en gestión administrativa ubicada en Armenia Quindío, que no tiene elegibles, con lo cual, las vacantes definitivas no convocadas serían 13, y no 12 como se relata en la tutela. Entonces: once (11) vacantes con listas de elegibles en cada ubicación geográfica, y dos (2) vacantes definitivas sin elegibles. Además, el elegible de la ubicación geográfica Rionegro Antioquia, se posesionó el 3 de agosto, antes de la medida provisional (se anexa respuesta).

Pretensiones

- Ambos demandantes solicitaron que se tutelaran sus derechos fundamentales al debido proceso, al principio constitucional del mérito, al acceso a cargos y funciones públicas, al trabajo, la igualdad, principio de la buena fe, la dignidad humana
- **Gustavo Adolfo Pineda** solicitó, además: **i)** ordenar al Director General del SENA, realizar ante la CNSC una nueva solicitud de Autorización de Uso de Listas de elegibles, de acuerdo al criterio del artículo 11 de la ley 909 de 2004, en la cual deben autorizar el uso de listas de elegibles a nivel departamental de la vacante identificada con el IDP 5542, en Gestión Administrativa en el Centro Diseño Confección y moda, con el No OPEC 60884 del municipio de Itagüí Antioquia y la vacante identificada con el IDP 1168, en Gestión Administrativa, en el centro de la innovación, la agroindustria y la aviación, con el No OPEC 60895; **ii)** ordenar a la CNSC, que realice el estudio técnico de similitud

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

funcional del empleo OPEC 58995 y; **iii)** ordenar al SENA, que cumplido lo anterior, realice el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del señor Gustavo Adolfo Pineda Pineda, y de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término de ley a su posesión en periodo de prueba en una de las vacantes definitivas no convocadas.

Subsidiariamente solicitó: **i)** ordenar asignar todas las vacantes definitivas no convocadas, por lista General conforme se asignaron las de los empleos Declarados Desiertos; **ii)** las vacantes definitivas no convocadas y las que lleguen a surgir en la vigencia de las listas que sean empleos de similitud funcional, mientras existan listas de elegibles vigentes de esta convocatoria, bajo ninguna circunstancia se permita llevarlas a un nuevo concurso.

- **Wilson Bastos Delgado** solicitó: **i)** ordenar al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a realizar ante la CNSC una nueva solicitud de Autorización de Uso de Listas de elegibles en la que se incluya la lista de la OPEC 59953, en la que ocupa la primera posición el señor Wilson Bastos Delgado, para proveer según posición de mérito y cumplimiento de requisitos mínimos, un empleo de Instructor código 3010 G 1 del área de gestión administrativa, en una de las vacante definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa identificadas en la planta global del SENA, con los IDP 5542, 3506, 4205, 4519,2870, 4527,1168, 8699, 5215, 5934, 7137,3940, que en esta misma área temática surgieron posterior a la convocatoria y las que se llegaren a generar en vigencia de la lista de elegibles OPEC 59953; **ii):** Ordenar a la CNSC, realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 59953 con las vacantes definitivas no Convocadas relacionadas en el punto anterior y de ser viable, remita la autorización de uso de la lista de elegibles de la OPEC 59953, que integra el señor Wilson Bastos Delgado, donde se encuentra ocupando la primera posición; **iii)** ordenar al SENA, que una vez recibida la autorización de uso de lista de la OPEC 59953, realice el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del actor señor Wilson Bastos Delgado, y de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término de ley a su posesión en periodo de prueba en una de las vacantes definitivas no convocadas.

Subsidiariamente, que la vacante definitiva no convocada identificada con el IDP 4527, ubicada en el Centro Agro Empresarial y Turístico de los Andes en Málaga, de la Regional Santander del SENA, en vez de ser llevada a concurso, se ordene al SENA, solicitar ante la CNSC autorizar el uso de la lista de elegibles de las OPEC en Santander para esta vacante, y se ORDENE a la CNSC, realizar el estudio técnico y remitir al SENA la autorización del uso de listas de elegibles y si su posición de mérito y cumplimiento de requisitos lo permite, que el señor Wilson Bastos Delgado, sea nombrado en periodo de prueba.

1.2. Admisión, vinculación de terceros y medida provisional

Mediante providencia del 5 de agosto de 2020, se admitió la tutela presentada por el señor Gustavo Adolfo Pineda Pineda, se ordenó la notificación a las autoridades demandada y se ordenó requerirlas para que en el término de 2 días se pronunciaran en torno a los hechos de la demanda, y para que aportara las pruebas referentes a la misma, con las advertencias consagradas en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

Así mismo, se concedió la **medida provisional solicitada**, y se ordenó al SENA que, si no había expedido acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, en los empleos de Instructor código 3010 G 1 del Área temática de Gestión Administrativa, objeto de la presente acción, *en el Departamento de Antioquia*, se abstuviera temporalmente de hacerlo hasta tanto se decidiera el fondo la tutela. Además, se dispuso vincular y notificar a los terceros interesados.

1.3 Acumulación de procesos

Mediante auto del 10 de agosto de 2020 se decretó la acumulación del proceso 68001-3109-010-2020-00054-00, promovido por el señor Wilson Bastos Delgado, al expediente originario de este Despacho. Ahí, se admitió la demanda remitida desde otra jurisdicción territorial, se ordenó su notificación a las autoridades accionadas y a los terceros interesados, y se ordenó comunicar dicho trámite a la oficina de apoyo judicial de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, para efectos de reparto.

A la tutela acumulada se le asignó así un nuevo radicado, esto es, 0500133330312020-00164-00; no obstante, la misma se tramita bajo el radicado del proceso al que se acumula, de conocimiento inicial del Despacho.

1.4 Contestación de la demanda.

1.4.1 SENA.

Solicitó declarar improcedente las acciones de tutela instauradas o negar sus pretensiones, con base en lo siguiente:

Indicó que el SENA no es sujeto pasivo de la presente acción de tutela, por cuanto no le corresponde la elaboración o conformación de listas de elegibles; que no se cumple con el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde la conformación de las listas (mas de un año); no cumple el requisito de subsidiariedad, pues el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrados; y que no es procedente la tutela como mecanismo transitorio porque **no se demostró un perjuicio irremediable**.

Precisó que el numeral 4 del artículo 9 de la convocatoria pública 436 de 2017, señaló que, para participar en el proceso, el ciudadano interesado debía aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria, y de conformidad con la convocatoria, los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público. Estableciendo que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas.

Puntuó que la lista de Elegibles se conforma por empleo por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en periodo de prueba, no reagrupa o integra lista 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; pues de conformidad con el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

manera espediada las vacaciones definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.

1.4.2 CNSC

La Comisión Nacional del Servicio Civil solicitó declarar improcedentes las acciones de tutela, en tanto los accionantes no demostraron la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, no existe perjuicio irremediable, de ahí que no supere el criterio de subsidiariedad.

Indicó que los actos administrativos (Acuerdo de Convocatoria, Resolución Lista de Elegibles) cuestionados, se emitieron en el proceso de un concurso de méritos, ante lo cual, la Jurisprudencia también ha mantenido el criterio de la improcedencia; y consideró que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido.

Señaló que el 27 de junio de 2019, el Gobierno Nacional expidió la Ley 1960 por la cual se modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones, y acatando lo allí dispuesto, la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*” el cual señala, que:

“(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC 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”.

Teniéndose como mismo empleo, aquel 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 OPEC, siendo este el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concursó.

Explicó que no es posible identificar dos empleos como equivalentes si no hacen parte del mismo grupo de referencia, ya que no son compatibles, dado que no se da cumplimiento a las mismas condiciones en la calificación de las diferentes pruebas aplicadas, precisando que para que un aspirante pueda formar parte de una lista distinta a la del empleo (OPEC) al que se presentó, es indispensable que los resultados de los aspirantes se hayan obtenido con las mismas pruebas, en las mismas condiciones de calificación y con el mismo valor ponderado frente a la nueva OPEC a la que se quiere incorporar su resultado, pues de no garantizarse estas condiciones, los puntajes entre aspirantes de OPEC distintas no serían comparables entre sí y no habría forma de organizarlos en orden jerárquico, debido a que las listas darían cuenta de méritos que son disímiles.

Que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, conforme al cual con las listas de elegibles también se cubrirán las vacantes de los empleos no convocados y las que surjan con posterioridad al

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

concurso de la misma entidad, no es aplicable al caso de los demandantes, por cuanto dicha modificación entró en vigor a partir del 27 de junio de 2019.

Para el caso concreto del señor **Gustavo Adolfo Pineda**, indicó que el **SENA** no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017, que cumpla el criterio de los “*mismos empleos*”; que el actor ocupó la posición dos en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-2082120191835 del 24 de diciembre de 2018, en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo, de conformidad con el número de vacantes y por ello se encuentra sujeto a la vigencia y tránsito habitual de la lista de elegibles, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Indicó respecto al señor **Wilson Bastos Delgado**, que ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20192120011295 del 26 de febrero de 2019, en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Frente a la pretensión del accionante de que sea nombrado en uno de los empleos identificados con el IDP 5542, 3506, 4205, 4519,2870,4527,1168, 8699, 5215, 5934, 7137, y 3940, que surgieron con posterioridad a la convocatoria, aplicando el criterio de equivalencia de los cargos, indicó que dicha solicitud no procede en el caso bajo estudio, como quiera que ello sólo es viable para aquellas listas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019.

1.5 Intervención de terceros.

Los Señores Néstor Tarsicio Pascuas Leguizamo, con OPEC 59100; Lisbeth Paola García Portala, con OPEC No. 59916; Nancy Yamile Rodríguez Suárez; Martha Yaneth Ferrer Cárdenas, con OPEC No.59509; Lisbeth Paola García Portala, con OPEC No. 59916; Genaro Ruiz Ríos con OPEC No. 57672; Edinson Enrique Pérez Yepes, con OPEC No. 61707; Marco Tulio Barrero Tique, con OPEC No. 58742; David Londoño Gonzalez con OPEC No. 60479; Andrés Alberto Gutiérrez con OPEC No. 58513; Carlos Enrique Parra con OPEC No. 58984; Jaime Alberto Castrillón Castrillón con OPEC No. 58590; Cesar Augusto Serrano Rodríguez con OPEC No. 58913; Marco Tulio Barrero Tique con OPEC No. 58742; Judith Feria Diaz con OPEC No. 59762; Ana Jakeline Diaz Muñoz con OPEC No. 59535; Andrea Josefina Gutiérrez Sánchez con OPEC No.61361; Judith Jazin Dussan Prieto con OPEC No. 60233; Edilia Restrepo Bustamante, con OPEC No.58770; Orlando Antonio Alcendra Moscote con OPEC No.59195; Ana Milena Peña Dávila, con OPEC No. 60143; Talía Pérez Mendoza con OPEC 58318; Carlos Enrique Parra Rodríguez con OPEC No. 58984 y Consuelo Herrera García con OPEC 58468; coadyuvaron a los actores.

En términos generales, solicitaron **garantizar el mérito y la igualdad como principio constitucional y no la ubicación geográfica**; así mismo, que las vacantes definitivas no convocadas y las que lleguen a surgir en las vigencias de las listas, con similitud

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

funcional, mientras existan listas de elegibles vigentes de esta convocatoria, bajo ninguna circunstancia sean llevadas a concurso y que se ordene asignar todas las vacantes definitivas no convocadas, por lista general conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos.

Elizabeth Barrera Bello, con OPEC No. 48501, indicó que para proveer por mérito las vacantes definitivas donde en la posición geográfica no existe elegibles o lista de elegibles, previamente constatado que la vacante definitiva en armenia Quindío existe para este caso concreto, solicitó ordenar que se provean cada una de estas, a los tutelantes señores Bastos y Pineda, de acuerdo a la posición de mérito y cumplimiento de requisitos. Con ello se respeta el criterio del mérito pues no se llevan a un nuevo concurso habiendo elegibles, se protegen los derechos fundamentales de los accionantes y se respeta el derecho de los señores Castaño y Calle, quienes ya fueron notificados de su nombramiento.

1.6 Concepto del Ministerio Público.

La Agente del Ministerio Publico delegada ante el Despacho, indicó que, de acuerdo a la Jurisprudencia, sólo podrían utilizarse para proveer cargos que no fueron objeto inicialmente de convocatoria, cuando dicha regla se encuentre prevista en la Ley especial que regula el concurso o en la convocatoria, ya que de lo contrario solo se podrán surtir los cargos previamente ofertados; sin embargo, precisó que el desarrollo normativo de la Ley 909 de 2004, representado en el numeral 7.5. del artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, los artículos 11, 23 y 25 Acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, da cuenta de que **la intención del legislador es la de proveer los cargos vacantes de las entidades públicas, mediante la utilización de las Listas de Elegibles vigentes de las respectivas convocatorias, en razón al principio constitucional al mérito.**

Expuso que, entender respecto de las convocatorias a cargos públicos que iniciaron en vigencia del Decreto 1894 de 2012 la improcedencia de la utilización de las Listas de Elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacante que no fueron ofertados inicialmente, pero que son equivalentes, daría al traste con el derecho a la igualdad respecto a los participantes que pueden optar a vacantes definitivas que resulten de listas de elegibles conformadas por un número inferior de aspirantes o aquellas cuyo concurso fue declarado desierto, o frente a participantes de convocatorias que se ejecutaron en vigencia del Decreto 1227 de 2005 y la Ley 1960 de 2019.

Bajo este contexto no entiende el trato diferenciado entre las personas que se encuentran en Listas de Elegibles para surtir cargos públicos en Convocatorias diferentes, reguladas por la Ley 909 de 2004, acerca de cargos vacantes no convocados y su aplicación en empleos equivalentes, toda vez que se encuentran en igual supuesto de hecho, no se persigue un fin aceptado constitucionalmente, pues por el contrario se contraviene el principio del mérito y la diferenciación no resulta proporcionada en la medida que algunos participantes no podrán acceder a ocupar un cargo de carrera aun cuando superaron satisfactoriamente todas las etapas del concurso y existen empleos equivalentes sin proveer.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

El Juzgado es competente para conocer de la acción de la referencia, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 1 inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

2.2 Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar, primero, si en el caso concreto es o no procedente la tutela; segundo, y en caso afirmativo, si las entidades accionadas vulneran los derechos al debido proceso, al principio constitucional del mérito, de acceso a cargos y funciones públicas, trabajo, igualdad, dignidad humana y el principio de buena fe, en la persona de los demandantes por no autorizar el uso de listas de elegibles que estos integran, para proveer los cargos en vacancia definitiva o no convocados, de área temática de gestión administrativa, en los cargos con similitud funcional, particularmente para las OPEC 58995 y 59953, sea a nivel departamental o a nivel nacional.

2.3 Tesis del Despacho

Se encuentra procedente el estudio de fondo de la tutela; no obstante, no se accede a las pretensiones, por cuanto no se observa vulneración de los derechos fundamentales invocados por los actores.

2.4 Argumentos

2.4.1 Subsidiariedad de la acción de tutela – concursos de merito

El inciso 4° del artículo 86 de la Constitución Política consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

Frente al principio de subsidiariedad, la Corte Constitucional¹ ha expresado que

« (...) en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-471-17.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

*postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”²
(...)»*

Es decir, en principio es improcedente la acción de tutela cuando existe un mecanismo judicial o administrativo ordinario que puede resolver la situación planteada, a menos que dicho mecanismo no sea idóneo o eficaz por la categoría de los derechos fundamentales afectados o siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

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, aun 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.³

Así, en sentencia de tutela T-682 de 2018, la Corte reiteró que, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia esa Corporación ha orientado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. Pero que no obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

2.4.2 De los concursos de mérito.

El artículo 125 de la Constitución Política, establece que por regla general los empleos en los órganos del Estado deben ser de carrera administrativa, con algunas excepciones, en los siguientes términos:

“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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley*

² Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Corte Constitucional Sentencia SU-913 de 2009.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

De ahí que, el ingreso a los cargos de carrera en el Estado, deben fundamentarse en el mérito, en las calidades del servidor público y en una selección objetiva, para lo cual se ha establecido que, los concursos públicos son el instrumento o mecanismo idóneo que posibilita la evaluación y determinación de la capacidad de los aspirantes para asumir las funciones propias del cargo a desempeñar, impidiendo la subjetividad o arbitrariedad por parte del nominador.

2.4.3 Convocatoria – Ley del concurso.

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 913 de 2009, en la cual se pronunció sobre un Concurso Público para acceder a la Carrera Notarial, las personas concursan basados en unas reglas previamente establecidas por la Administración, suficientemente publicitadas y aceptadas, por todos las personas que participaron en el concurso, en concordancia con los principios de buena fe y confianza legítima en que se respetasen las reglas del concurso impuestas por el mismo Estado. Para el efecto citó un aparte de la sentencia C-878 de 2008:

"[...] el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación..."

1.4.4. El debido proceso.

El artículo 29 Superior, establece el derecho fundamental al debido proceso y prevé que éste es aplicable tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, es decir, que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública, o a los particulares que ejerzan función administrativa; este derecho fundamental, debe entenderse como una manifestación del Estado Social y Constitucional de Derecho que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que límite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

La Corte Constitucional ha indicado que, al tratarse de un derecho de carácter complejo, la eficacia del derecho al debido proceso incorpora diferentes garantías, como son el principio de legalidad, el derecho de contradicción y defensa, el principio de publicidad y los principios de confianza legítima y buena fe. Como lo ha señalado la Corte, el derecho en comento se integra por las prerrogativas de (i) conocer el inicio de la actuación, (ii) ser oído durante todo el trámite, (iii) ser notificado en debida forma, (iv) que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (v) que no se presenten dilaciones injustificadas, (vi) gozar de la presunción de inocencia, (vii) ejercer los derechos de defensa y contradicción, (viii) presentar pruebas y a controvertir aquellas que aporte la parte contraria, (xix) que las decisiones sean motivadas en debida forma, (x) impugnar la decisión que se adopte, y (xi) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.

La Corte en sentencia SU913 de 2009 hizo referencia a la sentencia SU-133 de 1998, en la que explicó que se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio, cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.

En la misma providencia explicó la Corte que *“Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe”*.

2.4.5. Derecho a la igualdad y al trabajo.

El artículo 13 de la Constitución establece:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

La Corte Constitucional ha señalado sobre el alcance del derecho fundamental a la igualdad lo siguiente:

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

“La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las circunstancias concretas que los afectan, ya por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta (...)⁴”

Ha expresado la Corte que se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.

Así mismo, de acuerdo al o expuesto por la Corte, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto.

2.4.6. Caso concreto.

2.4.6.1 Requisitos para la procedencia de la tutela.

-Legitimación por pasiva: Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas, son el SENA establecimiento público de carácter nacional, y la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano constitucional, autónomo de orden nacional, a quienes se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por los actores, motivo por el cual reúnen los requerimientos necesarios para estar legitimadas por pasiva y en ese orden ser demandadas a través del trámite de tutela.

-Inmediatez. hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la presunta violación de los derechos fundamentales invocados, ello con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

En el presente caso, se cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, surgió con la aplicación del criterio unificado proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020, relacionada con la aplicación de la Lista de Elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019

-Subsidiariedad. La acción de tutela no sería procedente por cuanto los accionantes deponen de la vía ordinaria para reclamar sus derechos; no obstante, en materia de concursos de méritos la Corte Constitucional ha indicado que para la provisión de cargos de carrera, se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-3345 de 1993

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.

Lo anterior, por cuanto el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular⁵, aun más, teniendo en cuenta la vigencia de las listas, que es de dos años, las cuales están próximas a vencer.

De ahí, que proceda el Despacho a estudiar de fondo las acciones presentadas.

2.4.6.2 Solución al caso concreto.

La Comisión Nacional Del Servicio Civil -CNSC, expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017⁶, por medio del cual convocó a concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva 4.973 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, que se identificó como “*Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA*”

De acuerdo a las pruebas arrojadas, el señor Gustavo Adolfo Pineda Pineda, participó en dicha convocatoria, para el empleo denominado INSTRUCTOR, código 3010, grado 1, bajo el OPEC No. 58995, en el área temática Gestión Administrativa, ocupando el segundo puesto en la lista de elegibles, para proveer una vacante, con un puntaje de 82.01., según Resolución 20182120192835 del 24 de diciembre de 2018. (f.20 de la acción de tutela).

Así mismo, mediante Resolución 20192120 011295 del 26 de febrero de 2019, se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante en el empleo con OPEC No. 59953, denominado INSTRUCTOR, código 3010, grado 1, en área temática gestión administrativa, donde el señor Wilson Bastos Delgado ocupó el segundo lugar con 81.72 puntos (f.26 de la tutela).

Refieren los actores que siendo una sola vacante en los cargos concursados, fueron nombrados quienes ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles; no obstante, existen otras vacantes a nivel nacional, que no fueron convocadas, y la CNSC autorizó uso de la lista de elegibles para asignarlas con base en la ley 1960 de 2019, a partir del criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular Externa 001 de 2020, de la CNSC, donde lo determinante es un criterio, de acuerdo con “*la ubicación geográfica*”, desplazando el mérito como principio constitucional.

De ahí que, solicitaron amparar sus derechos fundamentales al debido proceso, al principio constitucional del mérito, al acceso a cargos y funciones públicas, al trabajo, a la igualdad, principio de la buena fe y dignidad humana; y se ordene a las accionadas autorizar la conformación de lista de elegibles a nivel Nacional o Departamental, para las

⁵ Corte Constitucional Sentencia SU-913 de 2009.

⁶ Modificado por los acuerdos No. 2017000000146 de 2017, No. 2017000000156 de 2017 y 20181000000876 de 2018.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

vacantes no ofertadas en el cargo de instructor en el área de Gestión Administrativa, incluyendo las OPEC en las cuales hacen parte los accionantes.

Frente a la provisión de empleos no convocados, la Corte Constitucional en Sentencia SU446 de 2011 indicó que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos; el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer; el segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos.

De ahí que concluyera que no se vulneran derechos fundamentales o principios constitucionales, cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados; **salvo que exista norma especial que así lo permita**, puesto que es potestad del legislador, o de la entidad convocante, señalar en la ley o en las reglas que regirán el concurso, respectivamente, que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil.

Igualmente ha establecido la Corte que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante, razón por la cual, deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.⁷

En el caso concreto, de conformidad con el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, artículo 6, el proceso de selección se rige de manera especial, por lo establecido en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, el Decreto Ley 760 de 2005, el Decreto 1083 de 2015, la Ley 1033 de 2006, y por las demás normas concordantes.

El artículo 11 de la Ley 909 de 2004 hace referencia a la función de la CNSC de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegible y en su párrafo estableció que el Banco Nacional de lista de elegibles sería departamentalizado:

ARTÍCULO 11. FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

(...)

e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; (...)

f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-112 A-14

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;

(...)

PARÁGRAFO. El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.

De acuerdo a lo anterior, en principio, y como lo solicita el señor Gustavo Adolfo Pineda, la CNSC estaría en la obligación de remitir al SENA de oficio o a solicitud de parte, la lista de personas con la cual se deben proveer los empleos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente, la cual debía ser departamentalizada; no obstante, con el Decreto 1894 de 2012 se impide el uso de la lista de elegibles del banco nacional, tal como lo explicó la Corte en sentencia T112A de 2014:

“Con la expedición del Decreto 1894 de 2012 se modificaron los artículos 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005, luego se eliminan dos órdenes de provisión definitiva de vacantes¹²²¹ y se impide el uso de listas de elegibles del Banco Nacional de Lista de Elegibles la cual era una facultad que el propio legislador autorizó.”

Así, el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 “*por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998*”, establecía el orden para la provisión definitiva de empleos, así:

“ARTÍCULO 7°. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. 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.

7.3. 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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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

No obstante, se repite, dicho artículo fue modificado por el Decreto 1894 de 2012, Derogado por el Decreto 1083 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, en su artículo 2.2.20.1.1, estableció el orden en la provisión de los empleos:

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

“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 1. 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, solo 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.

*Parágrafo 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:
(...)”*

De acuerdo a lo expuesto no es procedente la solicitud del señor Gustavo Adolfo Pineda de aplicar el parágrafo del artículo 11 de la ley 909 de 2004, por cuanto tal potestad fue eliminada, según lo explicado y las normas propias del concurso no lo contemplaron así.

Igualmente, en desarrollo de las disposiciones anteriores, la CNSC expidió el Acuerdo 562 de 2016 *"Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"*, regulando el uso de la lista de elegibles, así:

“ARTÍCULO 11. Uso de una lista de elegibles. *Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.*

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.

(...)

ARTÍCULO 19. Conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de Listas de Elegibles está conformado por las listas de elegibles en firme y vigentes, de los empleos objeto del concurso y por los elegibles que conforman cada una de dichas listas. Este Banco Nacional se alimentará con las listas de elegibles, que conformadas a través de un proceso de selección, vayan adquiriendo firmeza.

ARTÍCULO 20. Organización del Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de Listas de Elegibles se organizará de la siguiente manera:

1. Listas de elegibles por entidad. Son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.
2. Listas generales de elegibles. Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de las convocatorias adelantadas por la CNSC y organizadas en estricto orden de mérito, de acuerdo al nivel jerárquico del empleo, su nomenclatura y grado salarial, y se organizarán de conformidad con el orden de las entidades, así:
 - a. Entidades del Orden Nacional.
 - b. Entidades del Orden Territorial.

ARTÍCULO 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Agotado el tercer (3°) orden previsto en el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), las listas solo podrán ser utilizadas para proveer definitivamente una vacante en los siguientes eventos:

- a. Cuando se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles objeto de un concurso de méritos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.
- b. Cuando la lista de elegibles se haya conformado con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertadas.
- c. Cuando se haya declarado desierto su concurso.”.

De acuerdo con la norma transcrita, el uso de lista de elegibles se limita a la provisión específica de las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, de ahí que, no sería procedente ordenar el uso de estas listas para cargos no convocados, como lo solicitan los accionantes.

Ahora, el 27 de junio de 2019 el Congreso de la Republica expidió la Ley 1960, “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, y mediante la cual se modificó el artículo 31 de la ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

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 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”.*

Sin embargo, precisa el Despacho que dicha norma no es aplicable a la convocatoria 436 de 2017, por cuanto en el Artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, se estableció que su vigencia rige a partir de su publicación, esto es, a partir del 27 de junio de 2019; de ahí, que como las listas de elegibles de los actores fueron conformadas mediante las Resoluciones 20182120192835 del 24 de diciembre de 2018 y 20192120 011295 del 26 de febrero de 2019, no les sea aplicable las disposiciones de la Ley 1960 de 2019.

Así lo explicó la CNSC mediante 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, en el cual se estableció que las listas de elegibles en firme con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019, siguen las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y de las establecidas en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultraactividad de la ley.

“En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

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 corresponda 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 el OPEC”

Así, mediante Circular Externa No 0001 de 2020, la CNSC dio instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "*Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*", en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes a los representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, de los Sistemas Específicos y Especiales de Creación Legal que cuentan con listas de elegibles vigentes.

De esta manera y con base en dicho criterio, el SENA solicitó a la CNSC autorización de lista de elegibles para la provisión definitiva de 120 empleos ofertados en la

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

convocatoria 436 de 2017-SENA, teniendo en cuenta el Criterio Unificado mencionado, es decir, para los “*mismos empleos*”, esto es, para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria 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 el OPEC, criterios que consideran los actores van en contravía del principio constitucional al mérito, pues se está dando prelación al criterio ubicación geográfica.

No obstante, de conformidad con la jurisprudencia citada en los acápites 2.4.2., 2.4.3 y 2.4.4 de esta providencia, quienes participaron en un concurso público de méritos, lo aprobaron y hacen parte de una lista de elegibles, mientras ésta se encuentre vigente, son titulares de un derecho subjetivo: el de ser nombrados en los cargos para los que concursaron, lo que está determinado por la OPEC, y de conformidad con las reglas que rigen cada concurso, lo que garantiza los derechos a la igualdad y al debido proceso

De ahí que, para el Despacho no exista violación a los derechos fundamentales de los actores, pues las entidades accionadas han actuado de conformidad con las normas vigentes, respetando el debido proceso y las normas que rigen el concurso en particular. Así, las vacantes deben ser provistas en estricto orden del Decreto 1083 de 2015, esto es, i) con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial; ii) 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; iii) con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial; iv) 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. Y si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Ello también, en virtud del principio de confianza legítima que rige los concursos, toda vez que entre los empleos vacantes, cuya provisión solicitan los actores, se encuentran empleos con listas autorizadas que no fueron objeto de recurso y que tienen una expectativa a ser nombrados, como es el caso de la OPEC 60895, para el cual la CNSC autorizó la lista de elegibles, con el señor Paulo Augusto Castaño, que ocupa la posición No. 3 en la lista, conformada mediante Resolución 20182120182955 del 24 de diciembre de 2018, con un puntaje de 53.38, a quien le asiste el derecho de ser nombrado en el cargo para el que concursó.

En las circunstancias del caso, no puede ser que una persona que aspiró a una vacante en un territorio específico, por razones personales, de conveniencia, o de oportunidad, que no pudo ocupar el único o alguno de los varios cargos ofertados en ese territorio, dada su posición (3ro en la lista para 2 vacantes), pero que continúa integrando la lista de ese mismo territorio con la primera opción en caso de que se genere una vacancia definitiva, o por la creación de una nueva plaza, vea frustrada esa legítima opción con el advenimiento de otro concursante que de inicio desestimó la circunscripción territorial.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

Es lo que ha ocurrido con los concursos de mérito para proveer cargos de empleados en la Rama Judicial, el último con listas vencidas, en los que, mutatis mutandi, sólo se podía escoger un único cargo en una seccional, de modo que quien al final integraba, verbigracia, una lista de elegibles para el empleo de profesional universitario en la seccional A, no podía pretender su nombramiento en la seccional B, C, o D con independencia de si se trataba de un cargo ofertado o no, a menos que la norma de la convocatoria, o el ordenamiento especial o el general inclusive, así lo habilitara.

Ahora, de vuelta al asunto que ocupa el juicio, y, frente al contraargumento ofrecido por el Ministerio Público, en el que expone que la improcedencia de la utilización de las Listas de Elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacante que no fueron ofertados inicialmente, pero que son equivalentes, daría al traste con el derecho a la igualdad, respecto a los participantes que pueden optar a vacantes definitivas que resulten de listas de elegibles conformadas por un número inferior de aspirantes o aquellas cuyo concurso fue declarado desierto, o frente a participantes de convocatorias que se ejecutaron en vigencia del Decreto 1227 de 2005 y la Ley 1960 de 2019, precisa **el Despacho**, que la igualdad sólo se predica entre quienes se encuentran en situaciones similares o también iguales; de ahí que, al tratarse de normas y casos que no son idénticos, no se observa vulneración al derecho a la igualdad: No existía en la convocatoria, ni para cuando esta se expidió, norma expresa que habilitara esa posibilidad, para el caso específico en que se trate de empleos ubicados en territorio distinto de aquél al que aplicaron los concursantes.

Se reitera: Los empleos vacantes deben ser provistos siguiendo el orden establecido por el Decreto 1083 de 2015 sobre el cual el Juzgado ya se pronunció y además no es procedente ordenar su nombramiento en otras OPEC en aplicación de la Ley 1960 de 2019, porque esta entró a regir con posterioridad a la convocatoria en la que participaron los demandantes: “*ARTÍCULO 7o. La presente ley rige a partir de su publicación (...)*”, lo que tuvo lugar el 27 de junio de 2019.

Estos mismos argumentos sirven por igual para desestimar los argumentos planteados por los terceros interesados.

De acuerdo a todo lo expuesto, no se observa vulneración a los derechos fundamentales invocados por los actores y en consecuencia se negará el amparo deprecado, ordenando levantar la medida cautelar ordenada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

Primero. Negar la tutela promovida por los señores Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por las razones expuestas.

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	05001-33-33-031-2020-00152-00 /acumulado con 68001-3109-010-2020-00054-00 (0500133330312020-00164-00)
Demandante	Gustavo Adolfo Pineda Pineda Wilson Bastos Delgado
Demandada	CNSC – SENA

Segundo. Comunicar esta decisión a las partes y, de no ser impugnada, remitir a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero. Ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC que publiquen por el termino de 5 días este fallo en el portal Web del Concurso, para efectos de notificación a los terceros interesados.

Notifíquese y Cúmplase,


Elías Daniel Pastrana Bustamante
Juez