

Bogotá D.C., octubre de 2020

Señores:

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTA –
tutelasbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
REPARTO
E.S.D.

tutelasbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: ARINEL VILLALOBOS RIVEROS

ACCIONADO: CNSC Y SENA

PRETENSION: QUE SE RESPETE EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ORDENANDO MI NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA HACIENDO USO DE LISTA DE ELEGIBLES CON CARGOS DECLARADOS DESIERTOS Y NO OFERTADOS DE ACUERDO A LA LEY 1960 DE 2019

ARINEL VILLALOBOS RIVEROS, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No **53.071.019** y domiciliada en el municipio de Bogotá, actuando en nombre propio, respetuosamente acudo a su despacho para promover Acción de Tutela solicitando el amparo Constitucional establecido en el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia, denominado ACCION DE TUTELA en contra de: la **CNSC Y SENA**, toda vez que, ha vulnerado mis derechos Constitucionales fundamentales como, **DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA**, consagrados en los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 29, 40 83 y 125 de la Constitución Política, con fundamento en los siguientes:

A. LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA

Me encuentro legitimada para solicitar la Tutela de mis Derechos fundamentales: **DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA**, por cuanto participé y terminé las etapas del Concurso Público Convocatoria 436 de 2017 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ocupando el **QUINTO** Lugar de elegibilidad dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. **60194** denominación **AUXILIAR, GRADO 2**, con derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, **EL SENA**, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019.- además que la CNSC, declaró desierto varios cargos con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**, con los

cuales presento similitud funcional, con el cargo que me postulé en la convocatoria 436 de 2017, y me encuentro como elegible; por lo tanto las accionadas deben continuar con el debido proceso haciendo y solicitando uso de lista de elegibles.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que, la lista de elegibles de la que hago parte ya está próxima a vencerse, pido que se estudie mi acción de tutela y se exija a la CNSC Y EL SENA, que informe si hay concursantes que no han aceptado el nombramiento y cuantos son, y, en el evento de que algunos concursantes no acepten el nombramiento continuar nombrando a quienes siguen y hacen parte del registro de elegibles en estricto orden de mérito hasta cubrir todas las vacantes ofertadas en esa convocatoria y antes que se venzan los dos años.

B. PROCEDENCIA

En Sentencia T-024/07 planteó la honorable Corte Constitucional, respecto a la procedencia de la Acción de Tutela:

"... El artículo 86 de la Carta Política dispone Que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En armonía con lo expuesto esta Corporación ha considerado que, salvo la ineficacia comprobada de los recursos o medios de defensa existentes frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para juzgar las actuaciones administrativas, porque el ordenamiento prevé procedimientos para resolver las controversias y los litigios originados en las actividades de las entidades públicas.

Señala la jurisprudencia, respecto de la eficacia de medio judicial:

"Considera esta corporación que, cuando el inciso 30. Del artículo 86 de la carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía".

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de los Derechos Fundamentales vulnerados; Igualdad, Derecho de Petición, Trabajo, Debido Proceso, Acceso a Cargos y Funciones Públicas, así como a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe y Seguridad Jurídica, es en el presente caso la Acción de Tutela, ya que de acudir a las Acciones Contencioso Administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia y eficacia.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE LA TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS.

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se toma ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño ius fundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional”.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL ELEGIBLE DE UN CARGO EN LISTA EN FIRME POR CONCURSO DE MÉRITOS SEGÚN EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Según lo ha señalado el precedente jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL (incluso la reciente de la Sentencia T-133 de 2016 ya vigente el CPACA -Ley 1437 de 2011-), la Acción de Tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que nos encontramos para proveer un cargo de carrera dentro de una Lista de Elegibles de Concurso de Méritos que tenga firmeza, habiendo o no pronunciamiento administrativo (en este caso hay omisión y vencimiento de términos como se explicará en los hechos), y no la vía ordinaria del Contencioso Administrativo. Esto señala la Sentencia T-133 de 2016 citada:

“ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo

idóneo para la protección derechos fundamentales de concursante que ocupó el primer lugar en concurso de méritos, pero no fue nombrado en el cargo público

8

la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.”

(...)

“12.- A pesar de que, como se vio, el actor cuenta con un mecanismo ordinario para obtener la modificación o revocatoria del acto administrativo denunciado, se tendrá por cumplido el presupuesto de subsidiariedad en el presente caso, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, según la cual la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.

En efecto, la sentencia SU-133 de 19981 cambió la tesis sentada en la sentencia SU-458 de 19932 relacionada con la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se transgreden los derechos de quien, a pesar de ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, no es designado en el cargo que motivó el concurso de méritos. En la sentencia que efectuó el cambio jurisprudencial referido, la Corte aludió a las consideraciones de algunos fallos de revisión en los que se había advertido la insuficiencia de los mecanismos ordinarios en la hipótesis descrita e indicó que:

“(...) esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

1 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

2 M.P. Jorge Arango Mejía

9

Las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos del primero de la lista de elegibles que no es designado en el cargo se han reiterado en diversas oportunidades por esta Corporación. Así, por ejemplo, la sentencia T-606 de 20103 que estudió la solicitud de amparo presentada por un accionante que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y no fue designado por el nominador, quien, en su lugar, nombró al segundo de la lista de elegibles, indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

“(...) en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante⁴, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que, no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-156 de 20125 que analizó la afectación de los derechos al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos de una concursante que, tras ocupar el primer lugar de la lista de elegibles para la selección de un cargo público, vio afectada su designación como consecuencia del acto de suspensión de la firmeza de la referida lista. La Corte indicó respecto a la subsidiariedad que: “las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso”.

Asimismo, la sentencia T-402 de 20126 estudió el caso de una accionante que superó todas las etapas del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer un cargo en el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja; ocupó el primer lugar en la lista de elegibles y no fue nombrada por la entidad nominadora por la supresión del cargo. En esa ocasión se consideró procedente la acción de tutela, dado que los

mecanismos ordinarios al alcance de la afectada no permitían una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión.

13.- De los precedentes referidos se advierte que la procedencia de la acción de tutela frente a actos como el que se ataca en esta oportunidad merece consideraciones especiales relacionadas con: (i) el escenario en

3 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

4 corte Constitucional, Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 M.P. María Victoria Calle Correa

6 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

10

el que se emite el acto que niega la designación, que corresponde a un concurso de méritos para la provisión de cargos públicos –artículo 125C.P.-; (ii) el estado del proceso en el que se emite el acto, pues se han agotado diversas etapas por las que transitaron los aspirantes y que, en el caso de quien ocupa el primer lugar, se superaron de forma exitosa;

(iii) la expectativa legítima sobre la designación de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos; (iv) el impacto que se causa en el derecho a desempeñar un cargo público cuando la vigencia del nombramiento corresponde a periodos cortos e institucionales y (v) el impacto sobre el derecho a ser designado en un cargo público en los casos en los que las vigencias de las listas de elegibles son cortas.

14.- Las referidas circunstancias, consideradas en múltiples oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación, llevan a la Sala a tener por cumplido el requisito de subsidiariedad en este caso, pues, en verdad, las acciones ordinarias con las que cuenta quien ocupó el primer puesto en el concurso de méritos no resultan idóneas para la protección de los derechos que pueden resultar afectados como consecuencia de la falta de designación en el cargo correspondiente, máxime cuando en el presente caso la negativa se emitió respecto al empleo de un aspirante a integrar la Comisión Nacional del Servicio Civil que, según lo previsto en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, tiene un periodo institucional de 4 años, el cual está corriendo desde el 7 de diciembre de 2014.”

C. RAZONES DE DERECHO

1. Artículo 6 y 7 de la ley 1960 de 2019:

“La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la ley 909 de 2004 y el decreto ley de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”.

2. **TUTELA ACUMULADA) TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA QUINTA – MIXTA FALLO (05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01), Accionantes GUSTAVO ADOLFO PINEDA PINEDA Y WILSON BASTOS DELGADO, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA**

(...) **RATIO DECIDENDI**

En efecto, el artículo original de la ley 909 de 2004 (artículo 31, numeral 4) señalaba, fundamentalmente, que con las listas de elegibles elaboradas por la Comisión Nacional del servicio civil se debían proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y la ley 1960

de 2019 (artículo 6) modificó dicha norma, en el sentido de prever que con las listas de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para las cuales efectuó el concurso, sino aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

La norma del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, sin duda alguna, es aplicable, en virtud de efecto ordinario y retrospectivo la ley, a los concursos de méritos que se vienen adelantado y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se ha concretado en relación con algunos de esos participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes AUN cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le dé una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado.

En esa medida, en sentir de la Sala, les asiste razón a los demandantes, en cuanto a que, si bien la lista de elegibles genera ciertos derechos para el concursante, los efectos de esa lista no se han agotado y no se han consolidado AÚN en relación con ellos, por lo cual es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de las vacantes que se presenten respecto de los empleos equivalentes.

De otro lado, también le asiste razón a los accionantes cuando afirman que, de no ocuparse los cargos que a la fecha se encuentran vacantes con las personas que actualmente conforman las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, con el argumento de que quienes se encuentran en la lista de elegibles optaron por cargos en ubicación geográfica distinta a la ubicación de las vacantes, se estaría contraviniendo el principio de mérito.

En lo que tiene que ver con el principio del mérito, la Corte Constitucional⁷ ha dicho (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

“El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos públicos. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes”.

Conforme lo anterior, el principio del mérito se consolida como pilar fundamental dentro de la estructura del Estado para garantizar el acceso y permanencia a la administración Pública de

personal idóneo que cuente con las capacidades para ejercer las labores inherentes a los cargos Públicos, en aras de cumplir con los fines inherentes al Estado, por lo tanto, este principio debe prevalecer sobre otros parámetros al momento de seleccionar el personal para ocupar las vacantes que existan dentro de la administración pública.

En razón de lo anterior, no es de recibo lo expuesto por las entidades accionadas cuando afirman que los cargos no convocados que a la fecha se encuentran vacantes, no pueden ser ocupados por aquellas personas que se encuentren en las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, en razón a que las mismas solo pueden ocupar vacantes que se encuentren dentro del mismo municipio al cual se optó al momento de concursar.

7 corte Constitucional, Sentencia T-610, de 3 de octubre de 2017.

El anterior razonamiento iría en contravía de los principios que rigen el procedimiento de acceso a los cargos públicos, comoquiera que se estaría dando prevalencia al factor territorial sobre el principio del mérito, es decir, bajo este entendimiento, se puede presentar el supuesto en que una persona sea nombrada en un cargo vacante, a pesar de existir otra persona que haya obtenido un mejor puntaje pero que, al optar por un cargo en determinado municipio donde no existan suficientes vacantes, no pueda ser nombrado en aquél, pese a estar dispuesta a aceptar el nombramiento en otro municipio.

Aunado a lo anterior, es de señalar que con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista. No de otra forma podría darse aplicación a lo dispuesto en la citada norma.

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 y dando prevalencia al principio del mérito, se accederá a lo pretendido por los accionantes.

3. **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN (FALLO No. 050013109027202000-045-02 24 DE JULIO DE 2020 Magistrado ponente: SANTIAGO ARAEZ VILLOTA** Accionante DIANA PATRICIA GÓMEZ MADRIGAL, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, **Tutela** radicada en primera instancia el 30 de marzo de 2020 donde las pretensiones de la accionante fueron:

(...)

PETICIÓN

Se tutelen mis derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, principio de buena fe y el acceso a los cargos de carrera.

Se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, y al SENA, que en un término perentorio, me nombren en periodo de prueba, en el empleo OPEC 57095, denominado Profesional, del sistema general de carrera del SENA, ubicado en la Regional Antioquia – Choco, en cualquiera de las posiciones internas profesional, abogada.

Lo anterior, por encontrarme inscrita en el Banco Nacional de Lista de Elegibles posición 3 para la OPEC 57095, según Resolución 20182120137185 del 17-10-2018, que quedó en firme, se me nombre en un cargo igual y/o equivalente nivel profesional, en el SENA (de los creados en el Decreto 552 de 2017) o en cualquier otra dependencia de la misma donde haya una plaza vacante, que se provea con la lista de elegibles.

Y donde en primera instancia negaron sus pretensiones, sin embargo, en segunda instancia revocaron y concedieron los derechos fundamentales dando aplicación a la LEY 1960 de 2019.

4. **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA (FALLO No. 76001333302120190023401** del con fecha de 18 de noviembre de 2019 Accionante JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA donde las pretensiones de la accionante fueron Sentencia de segunda instancia en el proceso de tutela interpuesta por la señora, en el que en su inaplico el criterio unificado de la CNSC por Inconstitucional y ordeno suplir las vacantes creadas por medio del decreto 1479 de 2017 con la lista de elegibles vigentes a través del siguiente enunciado;

“La Sala considera que las demandas vulneran los derechos fundamentales de la actora y de todos los integrantes de las listas de elegibles al no aplicar el artículo 6º 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 2012.

Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionantes 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 fática que encaja planamente 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 que para el cual ella fue convocada y supero el concurso de méritos. **(Negritas y subrayadas fuera del texto).**

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.” (Negrita y subrayas fuera del texto).

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1º de agosto de 2019 sobre las 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 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 inaplicara por inconstitucional, en este caso concreto y con efectos inter comunis para la lista de elegibles contenida en resolución N.º CNSC 20182230040835 del 26 abril de 2018.

5. JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO, CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA FALLO (54001-31-09-004-2020-00090-00), Accionante MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

(...) **RATIO DECIDENDI**

Entendiéndose 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 se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección.

Atendiendo a las respuestas emitidas por las entidades accionadas (CNSC y SENA) el actor considera que el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, no está aplicando lo reglamentado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, toda vez, que señaló **“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”**.

Entendiéndose que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA deberá realizar en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años, lista en la que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto con un puntaje de 63.44, siendo ascendido al segundo puesto de la lista, en atención a que el único cargo a proveer de Profesional Grado 3, fue ocupado por el señor FERNANDO ENRIQUE GÓMEZ CASTELLANOS quien obtuvo el mejor puntaje, es decir que respecto del artículo antes referido no existe objeción alguna por parte del actor.

Entonces, la controversia entre las partes consiste en la expresión **“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”**, ello debido a que el accionante advierte que existen cuatro vacantes de cargos equivalentes no convocados que actualmente se encuentran ocupados en forma provisional, cuando el deber ser de las entidades era agregarlos a las vacantes definitivas para que las personas que tenga mejor orden de mérito en la lista de elegibles sea vinculadas en carrera.

Al respecto la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, señalaron que no desconocen los criterios establecidos en la Ley 1960 de 2019, sino que por el contrario le dan aplicación al artículo 7 ibidem que reza: *“La presente Ley rige a partir de su publicación”*.

Por lo que, se advierte un nuevo problema jurídico, en el sentido de que si a la convocatoria 436 de 2017, esta cobijada por la Ley 1960 de 2019, o por el contrario está excluido por efecto de ultraactividad de la norma.

Fíjese que la expresión objeto de debate **“y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”**, le permite a la lista de elegibles acceder a vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad, a las establecidas al momento de conformarse la

respectiva lista de elegibles, como lo argumenta el accionante, pues recordemos que demostró que existen cuatro vacantes definitivas del cargo denominado profesional grado 2 en provisionalidad, (cargo equivalente no convocado) a la cual podría acceder para ser nombrado en carrera, sino fuera por la argumentación de las entidades accionadas, que fundamentan su negativa en la vigencia de norma antes reseñada.

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla indistintamente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Obsérvese, además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *“Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”*, teniendo por “igual” *“que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos”* y *“muy parecido o semejante”* es decir, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Entendiéndose que la fuente de la precisa vulneración de los derechos del accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2020 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 436 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes.

Por lo que, al Despacho no le cabe duda alguna de que las entidades accionadas, al no contemplar el espíritu de la Ley 1960 de 2019, en el Criterio Unificado de la lista de elegibles de fecha 16 de enero de 2020, trasgredió el derecho fundamental al accionante de acceder a un cargo público en carrera, afectando su derecho al trabajo y al mínimo vital.

(...)

6. JUZGADO 006 DE CIRCUITO PENAL FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER, Accionante ANYELA MARIA FERRO ZANGUÑA, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

Problema jurídico, tesis y decisión a adoptar

La accionante considera que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC – y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos, con la decisión de negarse a realizar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional, Grado 8, de la planta administrativa del SENA, pese que para la OPEC para la cual concursó ya fue nombrada la persona con mejor derecho, no obstante, al interior de la entidad hay cargos con el mismo grado, escala salarial y funciones.

Desde ahora se advierte que las pretensiones de la actora tienen vocación a prosperar, por las

razones que a continuación serán expuestas:

(...) RATIO DECIDENDI

Del análisis de los elementos de juicio, se desprende que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA – y la Comisión Nacional del Servicio Civil, incurrieron en una violación de los derechos fundamentales de la accionante, que hace necesaria la intervención del Juez Constitucional.

En efecto, en el *sub judice* considera la actora como violatorio de sus derechos fundamentales que el SENA y la CNSC no haya dispuesto su nombramiento en el cargo de “Profesional grado 8” en cualquiera de las OPEC de la lista de vacantes declaradas desiertas – identificando las OPEC 118945, 118578 y 130310 -, teniendo en cuenta que superó satisfactoriamente el concurso de méritos e integró la lista de elegibles para el OPEC 57608 ocupando el primer lugar en la actualidad, OPEC que según sus dichos tienen identidad en funciones, grado y asignación salarial.

Al respecto se tiene que el artículo 11 del Acuerdo No. 562 del 5 de enero 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 cuales aplica la Ley 909 de 2004...”, prevé que:

“...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. 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 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º 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...”

De lo anterior se desprende que, en el asunto bajo estudio, al encontrarse vacantes los cargos de Profesional Grado 8 de las OPEC 118945, 118578 y 130310, se debió continuarse con el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016. Sobre tal aspecto, en una Sentencia de la Corte Suprema de justicia, que resolvió una Impugnación propuesta contra un fallo del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, precisó:

“...en el caso objeto de análisis, la peticionaria participó para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 3010, grado 1 del SENA, identificado dentro de la Convocatoria 436 de 2017 con el No. OPEC 5855 (...) Agotadas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles mediante Resolución 20182120180975 del 24 de diciembre de 2018, en donde la censora ocupó el segundo lugar, luego de que otra aspirante obtuviera el primero de ellos, por lo cual la privilegiada fue nombrada en periodo de prueba el 14 de febrero de 2019. Sin embargo, en actos

administrativos de la misma fecha, la Comisión Nacional del Servicio Civil, declaró desierta la convocatoria de empleos del cargo aludido para 34 OPEC, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 1227 de 2005 y el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015, tras haberse presentado las siguientes causales: «1. Cuando no se hubiere inscrito algún aspirante o ninguno hubiere acreditado los requisitos; o 2. Cuando ningún concursante haya superado la totalidad de las pruebas eliminatorias o no haya alcanzado el puntaje mínimo total determinado para superarlo. (...) Expuesto a lo anterior, es claro para la Sala que en el asunto motivo de reproche, se declaró desierta la convocatoria para 34 vacantes del cargo mencionado en líneas atrás, razón por la cual debía continuarse con el procedimiento establecido en el Acuerdo No. 562 de 2016. (...) es preciso afirmar, que es deber de la Comisión Nacional del Servicio Civil, remitir al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, la lista de elegibles vigente para los cargos ofertados en la misma convocatoria, toda vez que los OPEC declarados desiertos, ostentan igual naturaleza y denominación al cargo al cual aspiró la promotora, a fin de que tal entidad verifique el cumplimiento de requisitos de experiencia, estudios y demás; y sólo cuando éstos se cumplan, podrá proceder al nombramiento de la accionante, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos...»⁵

El anterior pronunciamiento es consistente con lo que ha dicho la Corte Constitucional, en el sentido de que “...dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos...”⁶, situación que a posterior fue consolidado en la ley 1960 de 2019, que en su artículo 6º que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, donde estableció que “...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...” (Subrayas fuera de texto).

Del mismo modo, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en un asunto semejante, señaló que el proceso que deben seguir las respectivas entidades para proveer las listas de elegibles para las OPEC que hubieren sido declaradas desiertas y, adujo que:

“...En efecto, la citada norma indica que las entidades no podrán modificar el Manual de Funciones de los empleos para los cuales la CNSC haya declarado desierto su concurso, hasta tanto no se haya verificado y certificado que (i) no existen listas de elegibles vigentes para la entidad o (ii) en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, que puedan ser usadas para su provisión».

3. Superado el tercer orden previsto en el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 y ante la imposibilidad de proveer el empleo con listas de elegibles conformadas para la entidad respectiva, procederá el uso de listas generales de elegibles que integran el Banco Nacional de Listas de Elegibles, conforme a lo señalado en el artículo 23 del Acuerdo 562 de 2015.

Conforme a las normas descritas es evidente, que en la Convocatoria No. 318 de 2014, se ofertaron 25 cargos de nivel Profesional Gestor T1, Código 11. El accionante participó para uno de esos cargos identificado con el No. OPEC 206944, sin embargo, allí se ofertó una vacante, pero él ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles y quien quedó en primer lugar aceptó el nombramiento.

¹ Sentencia T – 112A de 2014.

Por ello, siendo declarada desierta la convocatoria para los cargos nivel Profesional Gestor T1, Código 11, igualmente ofertados en la misma convocatoria, identificados con Nos. OPEC 206904 y 206929, era válido que ante la solicitud del accionante, la Comisión Nacional del Servicio Civil remitiera a la Agencia Nacional de Minería la lista de elegibles vigente para la entidad y ésta analizara si el accionante cumplía los requisitos mínimos de estudios y experiencia establecidos para el empleo declarado desierto y comunicar dicha decisión a la CNSC...”⁷

Refulge así evidente, que de la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó se establece la posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó y, que se encuentren vacantes definitivamente.

Entonces, para resarcir el quebrantamiento de los derechos fundamentales de la actora, el SENA deberá verificar cuales OPEC incluida la 57608, son compatibles con las OPEC 118945, 118578 y 130310 - declaradas vacantes definitivas -, y una vez establecido si son equivalentes en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones; de ser procedente, remitirá a la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitud de autorización de uso de lista de elegibles. Para lo cual se concederá el término de 6 días hábiles a partir de la notificación del presente proveído.

Una vez materializado lo anterior, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil conformar las listas de elegibles para las OPEC 118945, 118578 y 130310, en estricto orden de méritos, y remitirá el respectivo acto administrativo al Servicio Nacional de Aprendizaje para que realice los nombramientos en periodo de prueba.

De otro lado, como se observa que las listas de elegibles se encuentran próximas a prescribir, sólo en el evento que la accionante le asista derecho preferencial a ser nombrada en las OPEC 118945, 118578 y 130310, se suspenderá los efectos de la prescripción de la lista de elegibles de las OPEC antes referenciadas, hasta el cumplimiento a cabalidad de la presente providencia.

Finalmente, es dable advertir a la actora que el amparo no implica per se el nombramiento en periodo de prueba en el cargo al cual aspira, pues dependerá finalmente del estudio que adelantará el SENA y la CNSC de equivalencias en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, frente a la OPEC a la cual concursó y las que se ofertan como definitivas, y en caso de no ser favorable a sus intereses deberá ineludiblemente acudir al Juez contencioso administrativo para definir la legalidad del mismo.

² Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 27-04-2017. Ricardo 25000- 23-36-000-2017-00240-01.

C. HECHOS

PRIMERO: En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante la CNSC, expidió el ACUERDO No. **20171000000116 del 24 de julio de 2017**, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

SEGUNDO: Las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, Verificación de requisitos mínimos, Aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y Funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, Valoración de Antecedentes, conformación de Listas de Elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en **Periodo de prueba**.

TERCERO: Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120136135 del 17 de octubre de 2018, con firmeza individual a partir del 23 de agosto de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No **60194**, con la denominación **AUXILIAR 2**, donde me encuentro ocupando el lugar número QUINTO de elegibilidad, con 66.50 puntos definitivos en la convocatoria.

CUARTO: Que el literal e del 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 elegibles el cual reza:

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;** el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia; (**negrilla y línea fuera de texto**).

En este punto, es de resaltar que es obligatorio por parte de la CNSC crear el banco de Lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

QUINTO: Teniendo en cuenta el punto anterior la CNSC expide 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"

Que en su artículo 3 numerales 3, 4, 5 y 7 que reza:

Artículo 3. Definiciones. Para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo se establecen las siguientes definiciones:

3. Lista de elegibles: Es el listado que conforma la CNSC a través de acto administrativo y que ordena a los elegibles en estricto orden de mérito a partir de los

resultados obtenidos en el proceso de selección para la provisión de un empleo específico.

4. Banco Nacional de Listas de Elegibles: Es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC y organizado bajo los criterios establecidos en el presente Acuerdo.

La utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles solo procede para la provisión de vacantes definitivas en empleos de carrera.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 70 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles sólo procede para proveer los empleos ofertados en la respectiva convocatoria.

5. Concurso desierto para un empleo: Es aquel concurso que, para un empleo ofertado dos veces en el marco de un proceso de selección, es declarado desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante acto administrativo motivado, cuando se presenta alguna de las siguientes situaciones:

1. No tuvo inscritos o ninguno de los inscritos acreditó los requisitos mínimos exigidos en el perfil del empleo.

6. Empleo con similitud funcional: Se entiende que un empleo es similar funcionalmente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tienen asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares.

La presente definición aplica únicamente para efectos de uso de listas de elegibles, en el marco de los procesos de selección que adelante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en desarrollo de sus facultades legales.

SEXO: De igual manera en el mismo 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" hace referencia a todo lo que tiene que ver con el Banco Nacional De lista de elegibles en el título III capítulo 1.

TÍTULO III DEL BANCO NACIONAL DE LISTAS DE ELEGIBLES

CAPÍTULO 1 Competencia, finalidad, conformación y organización.

Artículo 17°. Competencia para administrar el Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de Listas de Elegibles será administrado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Artículo 18°. Finalidad del Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de listas de elegibles será conformado para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión 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.

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.

CAPÍTULO 2

Uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles

Artículo 21°. Consolidación del Banco Nacional de Listas de Elegibles. Los elegibles que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles, serán ordenados en estricto orden descendente, en razón al puntaje total obtenido por cada uno de ellos en la lista de elegibles de la que hacen parte.

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.

SEPTIMO: En el mismo 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" hace referencia a todo lo que tiene que ver con los cargos declarados desiertos:

CAPÍTULO 3

De los empleos cuyos concursos sean declarados Desiertos

Artículo 24°. Ámbito de aplicación. La Comisión Nacional del Servicio Civil, declarará desiertos los concursos para empleos que convocados dos veces a concurso, no cuenten con inscritos o ningún concursante haya superado la totalidad de pruebas eliminatorias o no haya obtenido el puntaje mínimo requerido para superarlo.

Artículo 25°. Uso de las listas de empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos. Conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos por la CNSC, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata 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).

Parágrafo. Las entidades no podrán modificar el Manual de Funciones de los empleos para los cuales la CNSC haya declarado desierto su concurso, hasta tanto no se haya verificado y certificado que no existen listas de elegibles vigentes para la entidad o en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, que puedan ser usadas para su provisión.

Artículo 28° Derecho del elegible a ser nombrado. El derecho a ser nombrado en virtud del uso de una lista, se adquiere cuando la entidad vaya a proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, 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 y el elegible reúna las siguientes condiciones:

1. Que se encuentre en el primer orden de elegibilidad.
2. Que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el perfil del empleo a proveer.
3. Que la lista de elegibles de la que hace parte, se encuentre vigente.

El 27 de junio de 2019, el Congreso de la Republica 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. Donde el articulo 6 queda así:

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 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.** (línea y negrilla fuera de texto).

Lo que permite el **USO** de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirmó la CNSC en auto de enero de 2020.

OCTAVO: EL SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, este proceso tampoco se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

NOVENO: El 16 de enero de 2020 La CNSC expide EL CRITERO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada LEY 1960 de junio de 2019 así:

La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio do 20192, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019, a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selecciona a los que aplica, así:

"(...) El artículo 7º de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) la presente ley rige a partir de su publicación (...)", hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se registrarán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación. (...)"

Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultractividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:

"[...]"

Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"

(...)

De conformidad con lo expuesto, 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"; entiéndase, 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.

RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

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.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019", junto con su Aclaración.

El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 16 de enero de 2020.

DECIMO : Que, mi firmeza individual se vence el 22 de agosto de 2021, sin que se me haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, con lo cual se me vulneran mis derechos fundamentales a: **DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA.**

DECIMO PRIMERO: Que, varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, **NO** fueron provistas por parte de la CNSC Y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades.

DECIMO SEGUNDO: Es obvio que, habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía haberseme preferido al momento de la provisión del mismo, en atención al Principio de la Buena Fe, concretamente en el escenario de la contratación estatal, que permita la observancia irrestricta de las normativas exigidas para la vinculación de los funcionarios de esa entidad y así, mantener la vigencia de un orden justo.

DECIMO TERCERO: Dentro de esos valores y principios resulta relevante el análisis del principio de la Buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política que enseña que en sus actuaciones los particulares y las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la Buena Fe, contenido además en el Artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública — Ley 80 de 1993.

DECIMO CUARTO: Éste principio reafirma las orientaciones normativas desarrolladas en la Constitución, Códigos, Leyes y Sentencias de la H. Corte Constitucional y cuyo propósito fundamental es "el de vincular a la administración pública a los funcionarios que presenten un mejor perfil y comportamiento, a la vez que un mayor conocimiento del cargo a desempeñarse, cumpliendo siempre las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de selección y contratación de los funcionario públicos, a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza recíproca, estableciendo límites claros al poder del Estado e impidiendo la vinculación de personas que no llenen los requisitos.

DECIMO QUINTO: Actualmente me encuentro como elegible para un cargo con la Denominación **AUXILIAR, GRADO 2**, lo que me da derecho a que se me nombre en un cargo similar al que me presenté.

DECIMO SEXTO: En ningún momento la CNSC Y EL SENA, me realizaron el ofrecimiento ni nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados dándole aplicación a LA LEY 909 DE 2004 Y 1960 DE 2019.

DECIMO SEPTIMO: El 15 de septiembre de 2020, presenté Derecho de petición, a la CNSC, solicitando mi nombramiento en periodo de prueba haciendo USO DE LISTA DE ELEGIBLES con cargos no ofertados y dando aplicación a la ley 1960 de 2019 para los cargos con similitud funcional con el que me presenté en la convocatoria 436 de 2017, (Anexo pantallazo y copia de la petición).

(...)

B. PETICIONES:

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:

PRIMERO: Que, el SENA mediante oficio solicite a la CNSC, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo**, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.

SEGUNDO: Solicito se me informe cual es el área temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo**, con la denominación **AUXILIAR 2** y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos.

TERCERO: Teniendo en cuenta el artículo 29 de la CN, respecto al debido proceso solicito y que soy directo interesado en cada uno de esos cargos, solicito se me informe cada vez que se le cambie el perfil en cuanto al área temática a cada uno de esos cargos.

CUARTO: Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta EL SENA y cuantos de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito que se nos informe el documento de identidad de cada uno de ellos para verificar la información con la CNSC.

QUINTO: Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015.

DECIMO OCTAVO: La petición mencionada en el punto anterior a la fecha no ha sido respondida con lo cual se vulnera el derecho de petición.

DECIMO NOVENO: El 15 de septiembre de 2020, presenté derecho de petición al SENA solicitando mi nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Auxiliar 1 de los cargos no ofertados y desiertos (anexo pantallazo y copia de la petición).

B. PETICIONES:

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:

PRIMERO: Que, el SENA mediante oficio solicite a la CNSC, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo**, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.

SEGUNDO: Solicito se me informe cual es el área temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo**, con la denominación **AUXILIAR 2** y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos.

TERCERO: Teniendo en cuenta el artículo 29 de la CN, respecto al debido proceso solicito y que soy directo interesado en cada uno de esos cargos, solicito se me informe cada vez que se le cambie el perfil en cuanto al área temática a cada uno de esos cargos.

CUARTO: Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta EL SENA y cuantos de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito que se nos informe el documento de identidad de cada uno de ellos para verificar la información con la CNSC.

QUINTO: Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015.

VIGÉSIMO: EL SENA, da respuesta en la que me envían unos archivos en Excel, pero en ningún momento me dicen puntualmente cuales son los cargos a nivel nacional que se encuentran desiertos, y no ofertados con la denominación de auxiliar grado 1, ni os perfiles de os mismos, de igual manera no respondieron las peticiones puntualmente como las había solicitado. Con lo cual se vulnera el derecho de petición y como consiguiente y por conexidad el derecho al debido proceso, el derecho al trabajo, el derecho a acceso en cargos y funciones públicas. Sin embargo no es difícil descubrir que el SENA, tiene bastantes cargos con la denominación de auxiliar 1, que no fueron ofertados y con los que tiene el deber legal de Hacer uso de lista de elegibles, dando aplicación a la ley 1960 de 2019, por lo que pido muy respetuosamente por medio de esta acción constitucional, ordenar al SENA hacer uso de lista de elegibles sin tener en cuenta el criterio Unificado de enero de 2020 respecto al mismo empleo y posición geográfica, si no aplicar lo de similitud funcional y el estricto orden de mérito. En este punto es de mencionar que, como yo apliqué a un cargo asistencial, tengo similitud funcional con todos los cargos del Sena con la denominación Auxiliar 1

El Sena envía solamente la siguiente información.

NUEVAS VACANTES SIN LISTAS

DEPENDENCIA	DENOMINACION	GRADO	IDP	PERFIL
CUNDINAMARCA-CENTRO DE BIOTECNOLOGÍA AGROPECUARIA	AUXILIAR	2	336	AUXILIAR
VALLE - DESPACHO DIRECCIÓN	AUXILIAR	2	6667	AUXILIAR

NUEVAS VACANTES

dependencia	denominación	grado	IDP	PERFIL
ANTIOQUIA- CENTRO DE COMERCIO	AUXILIAR G02	2	438	AUXILIAR

VIGÉSIMO PRIMERO: La información dada por parte del SENA no es viable teniendo en cuenta que la planta de personal del SENA con la denominación auxiliar 2 es mucho mas amplia, ya que según unas anteriores repuestas, el total de su planta para el cargo con la denominación de auxiliar 2, es de 203 cargos en total y los cargos vacantes son 51, en total donde la lista es la siguiente identificada cada cargo no ofertado con su IDP.

186	440	537	1555	2019	2707	3418
418	442	547	1745	2021	2933	3419
433	482	610	1815	2023	2935	3687
435	484	1313	1840	2058	3144	4397
438	485	1378	1879	2706	3145	4810
9466						

Como se puede demostrar el SENA está emitiendo información errónea con o cual vulnera el Derecho de petición y por conexidad el derecho al debido proceso, al Trabajo al Axeso a funciones y cargos públicos, a la Igualdad entre otros.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Es de mencionar que como para el cargo denominado auxiliar 2 solo pide experiencia laboral, aplicaría funcionalmente para cualquier cargo denominad auxiliar 2 o secretaria 2 al tener similitud funcional.

D. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SUSTENTO DE LA PRESENTE TUTELA:

- I. Fallo No 11001220500020150070601 EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA LABORAL Magistrada Ponente DRA. LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO falló en primera instancia a favor de LEIDY MARYORY GONZALEZ VARGAS, y confirmado por la Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente de segunda instancia DR. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. (Se anexa el fallo como documentos y pruebas).

Es de mencionar que a la accionante se le había vencido la lista de elegibles hacía más de dos años, pero cuando la lista estaba vigente los

cargos existía para que se realizara el uso del banco nacional de lista de elegibles.

(...)

Según ello, y tal como se lo indicó la CNSC al Secretario de Educación Municipal de Ibagué, en la documental previamente referida tales empleos, deberán ser cubiertos siguiendo el orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, conforme con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005; de suerte que no es potestativo de la entidad nominadora continuar con el procedimiento para llenar esa vacante cuando se presenta esa situación, pues conforme lo señala el mandato legal, es su deber exigir el uso de listas de elegibles conforme con el orden de provisión específico, en donde se encuentra, claro está, el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, para que la CNSC proceda a la verificación de las listas para empleos con similitud funcional en la entidad, y así pueda viabilizar el uso, en estricto orden de mérito de las listas de elegibles de dicho Banco para proveer las vacantes declaradas desiertas.

(...)

En este punto la Sala deja en claro que el uso de lista de Elegibles no es potestativo de la Entidad Nominadora si no es una obligación su deber exigir el uso de lista de elegibles conforme con el orden de provisión específico, en donde se encuentra, claro está, **EL USO DEL BANCO NACIONAL DE LISTA DE ELEGIBLES.**

(...)

Ahora; la norma general indica que se deberán proveer los cargos obligatoriamente con la lista de elegibles, de conformidad con el orden en el que hayan quedado los concursantes en virtud del puntaje acumulado, **y para aquellos que no alcanzan a ser nombrados, pasan a integrar la información del Banco Nacional de Listas de Elegibles,** cuyo nombramiento es autorizado en estricto orden descendente, una vez se presenten las vacantes que cumplan los requisitos de similitud funcional previstos en el Acuerdo 159 de 2011.

(...)

II. CORTE CONSTITUCIONAL

La sentencia T-1241 de 2001, interpretando los alcances de la sentencia C-372 de 1999, también en casos similares contra la C.A.R., resumió la jurisprudencia vigente sobre la materia y precisó:

- *En resumen, una vez se encuentren en firme los resultados de las evaluaciones previstas en el concurso, surge la obligación de conformar la lista de elegibles y de proceder luego al nombramiento en período de prueba teniendo en cuenta el orden descendente fijado por ella (hipótesis 1., 2. y 3.). Si el cargo está vacante, se debe proceder al nombramiento*

siguiendo el orden fijado por la lista (hipótesis 4.). Si el cargo está siendo ocupado por otro funcionario (hipótesis 5.2.1., 5.2.2., 5.2.3.), es necesario evaluar si esa persona tiene un mejor derecho que el aspirante, como cuando se trata de alguien que ocupó el primer puesto dentro del mismo concurso (hipótesis 5.2.2.2.) o de un funcionario de carrera que ascendió a dicho cargo en una convocatoria anterior (hipótesis 5.2.3.2.), o frente al cual el aspirante tiene un mejor derecho (hipótesis 5.2.2.3.).

- *Aún en el evento en que se considerara que no existe un derecho subjetivo, en sentido estricto a ser nombrado, la Corte estima que a la luz del principio de buena fe, existe una confianza legítima en que un interés, también legítimo, sea protegido, ya que coincide con el interés público en que a los cargos de la administración estatal accedan los ciudadanos que tengan los méritos suficientes, en aplicación del régimen general de carrera establecido en la Constitución (artículo 125, CP).*
- *La Corte advierte que quien ha participado en un concurso y ha completado todos los procedimientos y obtenido una calificación que se encuentra en firme, tiene un interés legítimo en que se agoten las etapas restantes del proceso que resultan necesarias para garantizar la protección de dicho interés y confía legítimamente en que la administración adoptará los pasos conducentes a hacer que el concurso concluya efectivamente.*

Y concluyó el fallo en mención:

- *Siempre que en un concurso de méritos iniciado antes de la ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, estén las calificaciones en firme y **el actor ocupe un lugar preferencial dentro de los aspirantes** “como cuando ocupó el primer lugar entre los aspirantes”, tendrá derecho a ser nombrado en período de prueba en el cargo para el cual concursó, siempre y cuando tal cargo exista y se encuentre vacante o, en caso de no encontrarse vacante, **la persona que lo ocupa no tiene un mejor derecho que el accionante** como cuando fue nombrado en provisionalidad alguien que nunca concursó u ocupó un puesto inferior en el concurso (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL)*

III. SENTENCIA SU 913 DE 2009 de la Corte Constitucional (...)

11.1.5 Importa recordar que la línea constitucional trascrita fue retomada a propósito del concurso de notarios por la sentencia C-1040 de 2007, la cual al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 –Senado- y 176/06 -Cámara- “Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la Ley 588 de 2000”, reiteró expresamente para este concurso en concreto que “La regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite.” El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: 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 irrespeto el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º 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 [...]

Lo hasta aquí precisado autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por las concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.” (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL).

La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa - Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo – Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Por lo anterior queda claro que el concurso público, es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la “evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”. De esta manera, “se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante – Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha manifestado que el concurso, además de buscar la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez culminado dicho proceso por el cual se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para ocupar el respectivo cargo, se nombra a participante más capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar.

La Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que “(...) la evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias’ – Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. – Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza de aspirante que ocupe el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por lo tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito”.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e **INEXEQUIBLE** la expresión “o inferior” del mismo artículo.

IV. BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO NO 185 DE MAYO 06 DE 2016 (PAGINA 14)

Nombramientos realizados en virtud de una lista de elegibles no requieren que el interesado eleve una solicitud para proveer la vacante, es deber de la entidad nombrar en los cargos vacantes a quienes sigan en turno en la lista.
(Negrilla propia del texto)

Síntesis del caso: La actora presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados por la decisión del Tribunal Administrativo de Santander que revocó la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Bucaramanga en la que se había accedido a sus pretensiones en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida contra la Defensoría del Pueblo por negarse a nombrarla en un cargo vacante aduciendo que la lista de elegibles, de la cual ella hacía parte, ya no se encontraba vigente cuando hizo la solicitud.

Extracto: “En el escrito de alzada, la impugnante alude que la sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional, que sirvió de fundamento para amparar los derechos fundamentales de la actora, no emitió pronunciamiento alguno respecto a la vigencia de la lista de elegibles (6 meses), por tanto, como al momento en que la actora solicitó ser nombrada, la lista ya no se encontraba vigente, no era procedente su vinculación a la entidad... La Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, en la providencia objeto de controversia, advirtió el cambio jurisprudencial que respecto de dicha norma fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010, en el sentido de precisar que es deber del Defensor del Pueblo nombrar en los cargos vacantes que no fueran ofrecidos en el concurso a quienes sigan en turno en la lista de elegibles... Sin embargo, como acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en primera instancia, la interpretación de la autoridad judicial accionada no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirmó la providencia de censurada, toda vez que ni la ley o la jurisprudencia en cita previeron tal situación como requisito para proveer la vacante... De conformidad con lo anterior, la Defensoría del Pueblo debió acudir a la lista de elegibles para proveer las vacantes que se generaron durante los seis meses de vigencia de la lista y no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que, se repite,

ni la ley o la jurisprudencia prevén, esto es, que medie solicitud presentada durante la vigencia de la lista, máxime si se tiene en cuenta que ella ostentaba mejor derecho que el referido señor J.V.P., por haber quedado de octava en la lista de elegibles, por lo que debió notificar primero a la actora sobre la vacante existente antes de proceder al nombramiento del señor”. BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO.

V. SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2016, EXP. 11001-03-15-000-2015-03157-01(AC), M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (CONSEJO DE ESTADO)

Apartes relevantes de la sentencia 11001-03-15-000-2015-03157-01
(...) página 12

Sin embargo, como acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en primera instancia, la interpretación de la autoridad judicial accionada no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirmó la providencia de censurada, toda vez que ni la ley o la jurisprudencia en cita previeron tal situación como requisito para proveer la vacante, por el contrario, la sentencia C – 319 de 2010, dispuso lo siguiente:

“(…)

- a. Una interpretación conforme con la Constitución de la expresión “También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”, del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, indica que se trata de la provisión de cargos de carrera administrativa en propiedad.
- b. El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles (6 meses).
- c. Por el contrario, el nominador no podrá acudir a la mencionada lista de elegibles, a efectos de proveer en propiedad vacantes que se presenten durante la vigencia de la lista de elegibles (6 meses) en cargos de inferior grado, pero con igual denominación. Por el contrario, podrá emplear la mencionada lista durante la vigencia de ésta para proveer en provisionalidad las vacantes que se presenten en tales cargos, mientras se realiza un nuevo concurso de méritos.”

De conformidad con lo anterior, **la Defensoría del Pueblo debió acudir a la lista de elegibles para proveer las vacantes que se generaron** durante los seis meses de vigencia de la lista **y no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que, se repite, ni la ley o la jurisprudencia prevén, esto es, que medie solicitud presentada durante la vigencia de la lista**, máxime si se tiene en cuenta que ella ostentaba mejor derecho que el referido señor Juan Villareal Pava, por haber quedado de octava en la lista de elegibles, por lo que debió notificar primero a la actora sobre la vacante existente antes de proceder al nombramiento del señor Villareal.

(…)

Por otra parte, también es de mencionar los siguientes fallos donde los Honorables magistrados coincidieron en que se **violó el debido proceso** al no continuar con las etapas del concurso y los fallos son los siguientes entre otros:

E. PRECEDENTE CONTENCIOSO

Expedientes: 11001032500020130130400 (3319-2013)¹
 11001032500020130157700 (4043-2013)
 11001032500020140049900 (1584-2014)

58. El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares. En reciente sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación² conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, «por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial», que así lo señalaban. Dijo entonces el Consejo de Estado:

«Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.

En este punto, la Sala retoma y afianza el argumento expuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por la Superintendencia de Notariado y Registro, cuando señalan, que, para el caso en concreto, no tiene sentido realizar un esfuerzo presupuestal de más de 6 mil millones de pesos desarrollando el concurso público de méritos, cuyo resultado es una lista de elegibles que sólo se usaría para proveer las vacantes ofertadas, pudiendo realizar una utilización más eficiente de dichos recursos, permitiendo que mientras esté vigente, dicho registro definitivo de elegibles sea utilizado para cubrir vacantes adicionales a las ofertadas cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación. Sin lugar a dudas, ello permite un uso racional de los recursos públicos, ya que se evita tener que convocar nuevos concursos a muy corto plazo, tantos como vacantes se vayan presentando, con los altos costos que ello demanda para el erario público, por cuanto no se obliga a la administración a efectuar concursos cada vez que se presenten vacantes, haciéndose uso del registro de elegibles que se encuentre vigente, el cual existe para llevar a cabo la provisión de cargos en forma rápida y eficaz, conforme con las reglas del mérito.

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e

¹ Expediente primigenio.

² Con ponencia de la Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez.

inconsulta. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.

Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.

(...)

En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.

Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles.

En consecuencia, para el caso concreto es aplicable la excepción dispuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010 y reiterada en la SU-446 de 2011, según la cual, el uso de la lista de elegibles para proveer cargos diferentes a los ofertados es procedente, siempre y cuando las bases de la convocatoria respectiva lo permitan y los empleos no contemplados inicialmente en el proceso de selección, sean iguales o equivalentes a los ofertados.

Por otra parte, en criterio de esta Corporación y, para el caso concreto del concurso de notarios adelantado en virtud de la convocatoria abierta mediante el demandado Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, es totalmente razonable, proporcional y justificado considerar utilizar de manera eficiente todo el esfuerzo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial ha desarrollado para sacar adelante el proceso de selección, los recursos económicos sufragados, así como el talento humano que se ha desplegado; siendo este el norte o propósito que guía la regla contenida en la convocatoria que implica el alcance de la lista de elegibles para permitir su uso más allá de la provisión de las notarías inicialmente ofertadas, y de esta manera, cubrir también las que, durante la vigencia del registro de elegibles, quedaren vacantes o fueren creadas.

En ese sentido, luego del estudio realizado, la Sala considera que los apartes normativos demandados del artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, al autorizar a los aspirantes inscritos en el concurso que fueron incluidos en las listas

de elegibles, a que opten por aquellas notarías que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera, o que se llegaren a crear por el Gobierno Nacional durante la vigencia de las listas, no es contrario a las normas invocadas como vulneradas.».

59. Así pues, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado, que la «*entidad convocante*» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

60. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala ordenará la anulación del Decreto Reglamentario 0969 de 2013,³ pues, al prohibir la utilización de las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados en el respectivo concurso, el decreto reglamentario demandado desconoce el artículo 34.55 del Decreto Ley 765 de 2005, que regula el régimen de carrera administrativa especial de la DIAN, y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el Estatuto Tributario, así como la jurisprudencia reseñada.

E. LO MÁS RECIENTE CONTRA LA MISMA ENTIDAD TUTELADA CNSC Y SENA A LA PRESENTADA EN ESTA ACCIÓN DE TUTELA AL PRESENTAR LA MISMA SITUACION FACTICA Y JURIDICA

1. **TUTELA ACUMULADA) TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA QUINTA – MIXTA FALLO (05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01), Accionantes GUSTAVO ADOLFO PINEDA PINEDA Y WILSON BASTOS DELGADO, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA**

(...)

F A L L A.

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: AMPÁRANSE los derechos fundamentales invocados por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ORDÉNASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez **cinco (5) días siguientes** a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

³ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

CUARTO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de **cinco (5) días siguientes**, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953.

QUINTO: Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los **cinco (5) días siguientes** la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

2. **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN (FALLO No. 050013109027202000-045-02 24 DE JULIO DE 2020 Magistrado ponente: SANTIAGO ARAEZ VILLOTA** Accionante DIANA PATRICIA GÓMEZ MADRIGAL, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

(...)

RESUELVE

1°. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y de acceso al empleo público de Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez en la convocatoria 436 de 2017.

2°. Ordenar al director del SENA que, en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia, realicen los nombramientos en periodo de prueba en los cargos, PROFESIONAL, grado 1, código OPEC 57095, de quienes siguen en turno en lista de elegibles conformada a través de la resolución No. 20182120137185 del 17 de octubre de 2018.

3. **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA (FALLO No. 76001333302120190023401 del con fecha de 18 de noviembre de 2019** Accionante JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

(...) RATIO DECIDENDI

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1º de agosto de 2019 sobre las 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 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 inaplicara por inconstitucional, en este caso concreto y con efectos inter comunis para la

lista de elegibles contenida en resolución N.º CNSC 20182230040835 del 26 abril de 2018.

4. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Accionadas CNSC y SENA** Accionante ANGELA YOHANA OREJANERA PEREIRA STC 10579-2019, Fallo de tutela de segunda instancia No de radicación 68001221300020190020901 donde se protegieron los Derechos fundamentales a la accionante y ordenaron hacer el uso de lista de elegibles con los cargos declarados desiertos.
5. **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO, CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA FALLO (54001-31-09-004-2020-00090-00)**, Accionante MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a obtener un cargo en carrera publica, al trabajo, al mínimo vital, entre otros, al señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC de una vez notificados del presente fallo, proceda **INMEDIATAMENTE** a realizar los trámites administrativos para dejar sin efectos jurídicos el CRITERIO UNIFICADO DE LISTA DE ELEGIBLES de fecha 16 de enero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro **de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes** a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, reporte los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo PROFESIONAL GRADO 3 al que concurso MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, y actualice la existente en el SIMO, a su vez, deberá solicitar ante la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC el uso de la lista de elegibles OPEC 61462 donde el actor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto a fin de proveer las vacantes definitivas que correspondan al mismo empleo, incluyendo los creados posteriormente y los cargos equivalentes que reporte el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC que a una vez solicitada por parte del SENA el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes** su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro del término de **cinco (5) días hábiles**, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectúe los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba del señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, respetando el escrito orden por mérito de la lista de elegibles OPEC 61462, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

6. **JUZGADO 006 DE CIRCUITO PENAL FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER**, Accionante ANYELA

MARIA FERRO ZANGUÑA, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

RESUELVE

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos de la señora ANYELA MARÍA FERRO ZANGUÑA, identificada con cédula de ciudadanía 37.892.765.

SEGUNDO. - ORDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje que dentro de los seis

(6) días hábiles siguientes a la notificación de este proveído, deberá verificar si la OPEC 57608 es compatible con las OPEC 118945, 118578 y 130310 - declaradas vacantes definitivas -, y una vez establecido si son equivalentes en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones; de ser procedente, remitirá a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización de uso de lista de elegibles.

TERCERO. - Una vez materializado lo anterior, se **ORDENA** a la Comisión Nacional del Servicio Civil conformar las listas de elegibles para las OPEC 118945, 118578 y 130310, en estricto orden de méritos, y remitirá el respectivo acto administrativo al Servicio Nacional de Aprendizaje para que realice los nombramientos en periodo de prueba

CUARTO. - en el evento que la accionante le asista derecho preferencial a ser nombrada en periodo de prueba en cualquiera de las OPEC 118945, 118578 y 130310, se **ORDENA** suspender los efectos de la prescripción de las listas de elegibles relacionadas, hasta el cumplimiento a cabalidad de la presente determinación.

QUINTO.- ADVERTIR a la actora que el amparo no implica *per se* el nombramiento en periodo de prueba en el cargo al cual aspira, pues dependerá finalmente del estudio que adelantará el SENA de equivalencias en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, frente a la OPEC a la cual concursó y las que se ofertan como definitivas, y **en caso de no ser favorable a sus intereses deberá ineludiblemente acudir al Juez contencioso administrativo para definir la legalidad del mismo.**

F. FUNDAMENTO DE LA VIOLACIÓN DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

(i) VIOLACION AL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA artículo 1 de la Constitución Nacional

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, (negrilla y línea fuera de texto).

(...)

Es de resaltar que el trato que me está dando LA CNSC Y EL SENA, al no respetar ni reconocer mi Derecho a un nombramiento en periodo de prueba en un cargo declarado desierto o no ofertado, dándole aplicación al Decreto 1960 de 2019, va en contra de la Dignidad Humana por lo que pido que se me proteja este derecho fundamental al ser un trato Indigno, el cual va en contra de la ley.

(ii) VIOLACION AL DERECHO DE LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO

Artículo 2 de la Constitución Nacional que dice que Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución línea y negrilla fuera de texto.

(iii) VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD. Artículo 13 de la Constitución Política.

Como lo mencioné anteriormente, es evidente que la CNSC Y EL SENA no me está dando un trato igual que a los demás concursantes,

IGUALDAD-Pilar fundamental/DERECHO A LA IGUALDAD-Concepto relacional/TRATO IGUAL A LOS IGUALES Y DESIGUAL A LOS DESIGUALES-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD-Exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales.

En este ámbito la Corte Constitucional en sentencia C-195 de 1994, expresó:

"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia..."

Quiero ser reiterativa en que se me viola flagrantemente por parte de **la CNSC Y EL SENA**, el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto, como ya se ha demostrado en los acápites que anteceden, y se han referido para ello diversos pronunciamientos de los tribunales y altas cortes, en el sentido de que tenemos el mismo derecho de acceder a los cargos ofertados todos los integrantes de la lista de elegibles, y se seguirá vulnerando hasta tanto no se realice efectivamente el nombramiento en periodo de prueba para el cargo que concursamos. Por cuanto los términos y argumentos que ha expuesto la CNSC Y EL SENA, se han desvirtuado por completo como ya se ha demostrado con la jurisprudencia referida y aportada en esta demanda de Tutela, ya que se debe hacer mi nombramiento en periodo de prueba en un cargo ofertado o no ofertado.

"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia..."

(iv) VIOLACION AL DERECHO DE PETICION El cual está contemplado en la Constitución Nacional.

Se vulnera el derecho fundamental en aquellos casos en que la autoridad respectiva no ofrece una respuesta oportuna y material, aunque no se requiere de solicitudes reiterativas, ni escritas ni adicionales recordatorias del cumplimiento de la Constitución y la Ley. La sola presentación de la petición obliga a las autoridades a responder en forma oportuna y de fondo a la petición formulada (Sentencia T-4777 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

De igual manera las altas cortes se han venido pronunciando de la forma como las entidades deben contestar un derecho de petición y los términos para cada caso, en especial y el cual debe ser contestado de fondo y con la veracidad del caso.

Es de mencionar en este punto que la CNSC no ha dado respuesta al derecho de petición, y que el SENA no dio una respuesta de fondo al mismo.

- (v) **Violación al derecho al Trabajo en condiciones dignas y justas, artículo 25 de la Constitución Política:** Este derecho está contemplado en la Constitución Nacional y el SENA Y LA CNSC me lo está vulnerando, al no hacer mi respectivo nombramiento a pesar de que culminé favorablemente todas las etapas y les he manifestado mi disposición para ejercer el cargo.
- (vi) **VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO,** artículo 29 de la Constitución Política: Conreferencia a este punto la CNSC Y EL SENA, ha violado el debido proceso Administrativo y continuar con los nombramientos en periodo de prueba haciendo uso de liste de elegibles en los cargos declarados desiertos y en los cargos no ofertados dando aplicación a la Ley 1960 de 2019, ya que no es un deber legal hacer uso de lista de elegibles si no un deber legal. con lo que se demuestra la Violación a este derecho Fundamental.

Al respecto en la sentencia T-051/16, con ponencia del H. Magistrado Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, ha sido definido por la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

“El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, regulado en el Artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado, entre ellos, la convivencia pacífica, la cual cobra gran relevancia en materia de tránsito.”⁴

Este derecho fundamental, para quienes tengan a su cargo el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, implica la obligación de mantenerse al tanto de las modificaciones al marco jurídico que regula sus funciones, pues de lo contrario, su conducta puede acarrear la ejecución de actividades que no les han sido asignadas o su ejecución conforme con un proceso no determinado legalmente.

Frente a este particular, resulta adecuado traer a colación el Artículo 6º Superior, en cuanto dispone que todo servidor público responde por infringir la Constitución y la ley y por la “omisión o

⁴ Sentencia C-214 de 1994. “En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional”.

extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, en concordancia con el Artículo 121 del mismo texto, en el que se determina que aquellos pueden ejecutar únicamente las funciones que se determinen en la Constitución y en la ley.

En tal virtud, el principio de legalidad es una restricción al ejercicio del poder público, en atención a la cual “las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Por otro lado, desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente.” (Subraya la Sala).

De lo expuesto se tiene que el derecho fundamental al debido proceso administrativo, conlleva de las actuaciones administrativas acatamiento y sumisión plena a la Constitución y a las leyes en el ejercicio de sus funciones, lo cual se materializa en la regulación jurídica previa que constriñe su actuar, de tal forma que no sea arbitraria sino sometida a normas legales, respondiendo así al principio de legalidad y respetando las formas propias de cada juicio, con el de garantizar la protección de los derechos de los administrados.

De igual manera en Sentencia C-214 de 1994. “En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

(vii) Violación a la confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, artículo 83 de la Constitución Política:

Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima (Sentencia T-472-09, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio) consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En cuanto a la relación con otros principios, ha dicho la Corte que la confianza legítima debe ponderarse con la salvaguarda del interés general, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros.

Este principio ha sido principalmente utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones.

Es así, que los principios de **confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe**, han sido violentados por cuanto, se generó una expectativa con el concurso de méritos y a la fecha no se ha realizado ningún uso de lista de elegibles ya que de una u otra manera la entidad ha venido dilatando el proceso para que se me realice mi nombramiento y posesión en periodo de prueba.

(iv) Violación al acceso a la Carrera Administrativa por concurso y principio al mérito, artículo 125 de la Constitución Política. Hace parte de los antecedentes de la presente tutela ya que la decisión adoptada por parte de la CNSC Y EL SENA, al abstenerse a realizar mi nombramiento en periodo de prueba viola el artículo 125 de la Constitución Política y está en oposición al principio de **MERITOCRACIA**.

G. CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTES INDICADOS

Tal como lo indicó la Honorable Corte Constitucional en la SENTENCIA DE UNIFICACION SU 913 DE 2009, cuando la administración establece “las bases de un concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se **autovincula y autocontrola**, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección.

En el caso que nos ocupa la **CNSC Y EL SENA** reglamentó todo lo relacionado con la Convocatoria, es decir, sentó las bases sobre las cuales se habría de desarrollar esta, las cuales fueron acatadas y superadas en su totalidad por el suscrito, por ende resulta manifiestamente inconstitucional que **LA CNSC Y EL SENA** no hayan a la fecha, hecho los respectivos nombramientos en periodo de prueba **EN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS Y EN LOS CARGOS NO OFERTADOS** con la denominación **AUXILIAR, GRADO 2**, ya que no se puede omitir este derecho adquirido con el devenir del tiempo, pues de ser así, se deslegitima la entidad y al Estado mismo del cual esta hace parte, pues provoca en la comunidad, en los concursantes, el temor de que dichas reglas de juego, no se siguen para beneficiar a unos pocos.

La CNSC Y EL SENA, no respetaron las etapas de la convocatoria mencionada, impidiendo igualmente el acceso a un cargo público por parte del suscrito, el cual presumo he ganado al ocupar un puesto meritorio y actualmente siendo **elegible de los Cargos en mención y al existir cargos DESIERTOS Y NO OFERTADOS en la entidad para la cual concursé** en una convocatoria pública de méritos, en atención al artículo 125 de la Constitución Política.

H. AUTORIDAD AUTORA DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La acción de Tutela que se formula va dirigida contra LA CNSC Y EL SENA L ya que dentro de sus deberes y funciones según el ARTÍCULO 251.

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Esta acción se impetra como medida transitoria para evitar, prevenir la consumación de un perjuicio irremediable.

A voces de la Corte Constitucional (Sentencia T 348 de 1998), en jurisprudencia, perjuicio irremediable "es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior (...) La Corte ha considerado qua la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable." (cursiva y subrayas propias).

Con la negativa de la CNSC y el SENA de cumplir las normas y respetar el Debido Proceso Administrativo realizando mi nombramiento en periodo de prueba lo que conlleva a que se estén amenazando los derechos fundamentales antes indicados, generándose para el actor un perjuicio inminente, pues se le está negando una posibilidad de acceder a un cargo público vía merito, a pesar de que Cuento Con derechos adquiridos, generando con ello el resquebrajamiento a la confianza legítima y buena fe, que debe tener todo ciudadano en sus instituciones como lo es LA CNSC Y EL SENA.

J. PETICIONES

PRIMERO. Que, se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **ARINEL VILLALOBOS RIVEROS**, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No 53.071.019 y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA** realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado Con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**; lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.

SEGUNDO: Ordenar a la CNSC, **VERIFICAR** una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación **AUXILIAR GRADO 2** con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 60194 a la cual se presentó la accionante.

TERCERO: Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado en agosto de 2020.

ORDENAR A **LA CNSC Y AL SENA** rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

I. PETICION ESPECIAL

Con el fin de evitar vulneraciones de derechos a terceros, se ordene que, dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación del auto admisorio de la tutela, se publique en la página web de La CNSC Y EL SENA, la existencia de esta acción para efectos de dar a conocer la misma a quienes eventualmente pudieran salir afectados con la decisión que resuelva la acción pública.

VINCULAR al trámite de la presente tutela a los (las) funcionarios(as) provisionales que desempeñan los cargos de interés ofertados de LA CNSC Y EL SENA.

VINCULAR al trámite de la presente tutela a los concursantes que se presentaron al cargo de interés, **AUXILIAR GRADO 2**, para que hagan su pronunciamiento al respecto y no se cometan arbitrariedades con los respectivos Nombramientos.

J. DECRETO DE PRUEBAS

Solicito muy respetuosamente al señor Juez que ordene y solicite al SENA las siguientes pruebas:

Que al contestar la demanda EL SENA informe a este despacho:

- Un informe de la planta total del EL SENA de los cargos con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**.
- Un informe de todas las vacantes vacantes de la Planta del EL SENA de los cargos con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**.
- Un informe de todos los cargos en provisionalidad de la Planta del EL SENA con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**.
- Un informe de todos los cargos en encargo definitivo de la Planta del EL SENA con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**.
- Que informe en los últimos DOCE (12) meses cuantos nombramientos provisionales y temporales ha realizado en la planta del SENA de los cargos con la denominación **AUXILIAR GRADO 2**.

Lo anterior para demostrar que, si existen cargos, mismos que, tienen el deber legal de hacer Uso de lista de elegibles.

K. PRUEBAS

1. Copia de la resolución de lista de elegibles No 20182120136135 del 17 de octubre de 2018, para proveer una (01) vacante de la **OPEC No 60194**, con la denominación **AUXILIAR, GRADO 2**.

2. Copia firmeza individual.
3. Copia del derecho de petición instaurado ante el SENA.
4. Copia de la respuesta al derecho de petición instaurado ante el SENA.
5. COPIA DEL FALLO DE TUTELA ACUMULADA) TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA QUINTA – MIXTA FALLO (05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01), Accionantes GUSTAVO ADOLFO PINEDA PINEDA Y WILSON BASTOS DELGADO, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.
6. Copia del fallo de tutela No. 050013109027202000-045-02 TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN (FALLO Magistrado ponente: SANTIAGO ARAEZ VILLOTA, Accionante Tutela radicada en primera instancia el 30 de marzo de 2020. Accionante Diana Patricia Gómez Madrigal, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.
7. Copia del fallo de tutela No (54001-31-09-004-2020-00090-00) JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO, CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA, Accionante MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, Accionados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

K. DERECHO

Como fundamento legal de la acción incoada, me permito citar al Honorable Tribunal los artículos 1, 13, 25, 29, 83, 86 y 125 de la Constitución Política de 1991. Y artículo 66 de la Ley 938 de 2004.

L. COMPETENCIA

Es usted competente señor Magistrado, por la naturaleza constitucional del asunto, por tener jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, ya que las tutelas impetradas contra EL SENA Y LA CNSC, las deben conocer en primera instancia los JUZGADOS CIVILES DEL Circuito o los juzgados administrativos.

M. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

N. NOTIFICACIONES

LAS ACCIONADAS:

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

Dirección: Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7 - Bogotá D.C., Colombia.
Teléfono: 01900 3311011
Correo notificaciones judiciales: atencionalciudadano@cncs.gov.co

EL SENA Dirección: calle 57 No 8-69 en Bogotá, Tel. 546-1500

EL ACCIONANTE:

Recibo notificaciones en la siguiente dirección Carrera 80D No 7B 83, Apto 506,
Torre 8, celular 3115839619 Correo electrónico: arinelvillalobos@hotmail.com



Atentamente,

ARINEL VILLALOBOS RIVEROS

CC 53.071.019



REPÚBLICA DE COLOMBIA



Página 1 de 3

RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182120136135 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. 60194, denominado Auxiliar, Grado 2, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA"

EL COMISIONADO NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,

En ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 51 del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, el Acuerdo No. 555 de 2015 de la CNSC, y

CONSIDERANDO:

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas, y tanto el ingreso como 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.

Por su parte, el artículo 130 Constitucional creó la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, como un organismo autónomo de carácter permanente de Nivel Nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyas funciones son administrar y vigilar los sistemas de carrera administrativa, excepto los especiales de origen Constitucional.

Según lo señalado en el literal c) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la CNSC tiene como función, entre otras, la de adelantar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos que establezcan la Ley y el reglamento.

En observancia de las citadas normas, la CNSC, mediante el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente tres mil setecientos sesenta y seis (3.766) empleos, con cuatro mil novecientos setenta y tres (4.973) vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA.

En virtud de lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 51¹ del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo previsto en el numeral 4^o del artículo 31² de la Ley 909 de 2004, una vez se adelanten todas las etapas del proceso de selección y se publiquen los resultados definitivos obtenidos por los aspirantes en cada una de las pruebas aplicadas durante el Concurso Abierto de Méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil procederá a conformar la Lista de Elegibles, en estricto orden de mérito.

Mediante Acuerdo No. 555 del 10 de septiembre de 2015 se dispuso que es función de los Despachos de los Comisionados proferir los actos administrativos mediante los cuales se conforman y adoptan las Listas de Elegibles, para garantizar la correcta aplicación del mérito, durante los procesos de selección, de conformidad con los asuntos y competencias asignadas por la Sala a cada Despacho.

¹ "ARTÍCULO 51°. CONFORMACIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. La Universidad o Institución de Educación Superior que la CNSC contrate para el efecto, consolidará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del Concurso abierto de méritos y la CNSC conformará las Listas de Elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la presente Convocatoria, con base en la información que le ha sido suministrada, y en estricto orden de mérito."

² "Artículo 31. (...) 4. Listas de elegibles. 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".

"Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 60194, denominado Auxiliar, Grado 2, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA"

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado Auxiliar, Grado 2, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria N° 436 de 2017, bajo el código OPEC No. 60194, así:

Posición	Tipo Documento	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	52780095	LEIDY VIVIANA	DIAZ GAONA	70,92
2	CC	1030538147	OLIVERIO	RODRIGUEZ	70,50
3	CC	7316875	JOHN JAVIER	AVILA MALDONADO	69,64
4	CC	52883278	MARTHA INES	RODRIGUEZ GALINDO	68,47
5	CC	53071019	ARINEL	VILLALOBOS RIVEROS	66,50
6	CC	1010179574	BRAYAN ANDRES	GARAVITO RINCON	66,47
7	CC	79531544	FREDY	MARTÍNEZ LÓPEZ	66,24
8	CC	1022356942	LUIS ALBERTO	GIL VARGAS	65,91
9	CC	63348300	LIZ MAGDELEINE	SANCHEZ TARAZONA	65,65
10	CC	1063167453	CAMILO DE JESÚS	PIÑERES PETRO	65,24
11	CC	1010188941	JOHN JAIRO	BRAVO CHAVARRIO	59,77
12	CC	1030535826	DIANA	ACEVEDO SILVA	58,64

ARTÍCULO SEGUNDO.- Los aspirantes que sean nombrados con base en la Lista de Elegibles de que trata la presente Resolución, deberán cumplir con los requisitos exigidos para el empleo, de acuerdo con lo establecido en la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, los cuales serán acreditados al momento de tomar posesión del mismo.

PARÁGRAFO: Corresponde a la Entidad Nominadora, antes de efectuar el nombramiento o dar posesión, verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades de las personas designadas para el desempeño de los empleos³.

ARTÍCULO TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ley No. 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la Lista de Elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso, podrá solicitar a la CNSC la exclusión de la Lista de Elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

- Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.
- Aportó documentos falsos o adulterados para su inscripción.
- No superó las pruebas del concurso.
- Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el concurso.
- Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.
- Realizó acciones para cometer fraude en el concurso.

PARÁGRAFO: Cuando la Comisión de Personal encuentre que se configura alguna de las causales descritas en el presente artículo, deberá motivar la solicitud de exclusión, misma que presentará dentro

³ Artículos Nos. 2.2.5.4.2, 2.2.5.7.4 y 2.2.5.7.6 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 648 de 2017, en concordancia con los artículos 4° y 5° de la Ley 190 de 1995.

"Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 60194/denominado Auxiliar, Grado 2, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA"

del término estipulado, exclusivamente a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad -SIMO-.

ARTÍCULO CUARTO.- En virtud del artículo 15 del Decreto Ley 760 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil, de oficio o a petición de parte, podrá excluir de la Lista de Elegibles al participante en el concurso o proceso de selección, cuando compruebe que su inclusión obedeció a error aritmético; también podrá ser modificada por la misma autoridad, adicionándola con una o más personas, o reubicándola cuando compruebe que hubo error, casos para los cuales se expedirá el respectivo acto administrativo modificatorio.

ARTÍCULO QUINTO.- Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la Lista de Elegibles quede en firme, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, deberá producirse por parte del Nominador de la entidad, el nombramiento en período de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

ARTÍCULO SEXTO.- La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No. 20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- Publicar el presente Acto Administrativo en la página web www.cnsc.gov.co, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO OCTAVO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su firmeza y contra la misma no procede recurso alguno.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. el 17 de octubre de 2018



FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Am Comisionado

Elaboró: Luz Mirella Giraldo Ortega/ Nestor Valero/ Nicolás Mejía
Revisó: Clara Cecilia Pardo Ibagón
Irma Ruiz Martínez

CONVOCATORIA No. 436 de 2017 – SENA FIRMEZA DE LISTA DE ELEGIBLES

Teniendo en cuenta el criterio unificado de la sesión de Sala Plena, el día 12 de julio del año 2018, se publica la firmeza de la siguiente lista de elegibles, así:

NOMBRE OPEC	VACANTES	No. ACTO ADMINISTRATIVO	FECHA DEL ACTO ADMINISTRATIVO	FIRMEZA A PARTIR DE	ELEGIBLES			
					POSICIÓN	IDENTIFICACIÓN	NOMBRES	APELLIDOS
60194	1	20182120136135	17/10/2018	23/08/2019	2	1030538147	OLIVERIO	RODRIGUEZ
					3	7316875	JOHN JAVIER	AVILA MALDONADO
					4	52883278	MARTHA INES	RODRIGUEZ GALINDO
					5	53071019	ARINEL	VILLALOBOS RIVEROS
					6	1010179574	BRAYAN ANDRES	GARAVITO RINCON
					7	79531544	FREDY	MARTÍNEZ LÓPEZ
					8	1022356942	LUIS ALBERTO	GIL VARGAS
					9	63348300	LIZ MAGDELEINE	SANCHEZ TARAZONA
					10	1063167453	CAMILO DE JESÚS	PIÑERES PETRO
					11	1010188941	JOHN JAIRO	BRAVO CHAVARRIO
					12	1030535826	DIANA	ACEVEDO SILVA

Bogotá, D.C., septiembre 15 de 2020

**Señores
SENA**

REFERENCIA: DERECHO DE PETICIÓN SOLICITUD DE INFORMACION

Yo, **ARINEL VILLALOBOS RIVEROS**, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No **53071019** y domiciliada en el municipio de Bogotá. De acuerdo al Art 23 de la Constitución Política, el cual contempla el Derecho de Petición, la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”; de la Ley 1755 de 2015; interpongo Derecho de Petición de acuerdo a los siguientes hechos:

A. HECHOS:

PRIMERO: En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante la CNSC, expidió el ACUERDO No. **2017100000116 del 24 de julio de 2017**, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

SEGUNDO: Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120136135 del 17 de Octubre de 2018, con firmeza a partir del día 06 de Noviembre de 2018 para proveer una (01) vacante de la **OPEC No 60194**, con la denominación **AUXILIAR 2**, donde me encuentro ocupando el lugar número **QUINTO** de elegibilidad, con **66.50** puntos definitivos en la convocatoria.

TERCERO: Que, el literal e del 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 elegibles el cual reza:

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;** el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser

incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia; (**negrilla y línea fuera de texto**)

En este punto, es de resaltar que es obligatorio por parte de la CNSC, crear el banco de Lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

CUARTO: Teniendo en cuenta el punto anterior, la CNSC expide 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"

Que en su artículo 3 numerales 3, 4, 5 y 7 que rezan:

Artículo 3. Definiciones. Para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo se establecen las siguientes definiciones:

3. Lista de elegibles: Es el listado que conforma la CNSC a través de acto administrativo y que ordena a los elegibles en estricto orden de mérito a partir de los resultados obtenidos en el proceso de selección para la provisión de un empleo específico.

4. Banco Nacional de Listas de Elegibles: Es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC y organizado bajo los criterios establecidos en el presente Acuerdo.

La utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles solo procede para la provisión de vacantes definitivas en empleos de carrera.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 70 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles sólo procede para proveer los empleos ofertados en la respectiva convocatoria.

5. Concurso desierto para un empleo: Es aquel concurso que, para un empleo ofertado dos veces en el marco de un proceso de selección, es declarado desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante acto administrativo motivado, cuando se presenta alguna de las siguientes situaciones:

1. No tuvo inscritos o ninguno de los inscritos acreditó los requisitos mínimos exigidos en el perfil del empleo.

7. Empleo con similitud funcional: Se entiende que un empleo es similar funcionalmente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tienen asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares.

La presente definición aplica únicamente para efectos de uso de listas de elegibles, en el marco de los procesos de selección que adelante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en desarrollo de sus facultades legales.

QUINTO: De igual manera en el mismo 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" hace referencia a todo lo que tiene que ver con el Banco Nacional De lista de elegibles en el título III capítulo 1.

**TÍTULO III
DEL BANCO NACIONAL DE LISTAS DE ELEGIBLES**

**CAPÍTULO 1
Competencia, finalidad, conformación y organización.**

Artículo 17°. Competencia para administrar el Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de Listas de Elegibles será administrado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Artículo 18°. Finalidad del Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de listas de elegibles será conformado para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión 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.

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.

CAPÍTULO 2

Uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles

Artículo 21°. Consolidación del Banco Nacional de Listas de Elegibles. Los elegibles que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles, serán ordenados en estricto orden descendente, en razón al puntaje total obtenido por cada uno de ellos en la lista de elegibles de la que hacen parte.

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.

SEXTO: En el mismo 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" hace referencia a todo lo que tiene que ver con los cargos declarados desiertos:

CAPÍTULO 3

De los empleos cuyos concursos sean declarados Desiertos

Artículo 24°. Ámbito de aplicación. La Comisión Nacional del Servicio Civil, declarará desiertos los concursos para empleos que convocados dos veces a concurso, no cuenten con inscritos o ningún concursante haya superado la totalidad de pruebas eliminatorias o no haya obtenido el puntaje mínimo requerido para superarlo.

Artículo 25°. Uso de las listas de empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos. Conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos por la CNSC, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata 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).

Parágrafo. Las entidades no podrán modificar el Manual de Funciones de los empleos para los cuales la CNSC haya declarado desierto su concurso, hasta tanto no se haya verificado y certificado que no existen listas de elegibles vigentes para la entidad o en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, que puedan ser usadas para su provisión.

Artículo 28° Derecho del elegible a ser nombrado. El derecho a ser nombrado en virtud del uso de una lista, se adquiere cuando la entidad vaya a proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, 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 y el elegible reúna las siguientes condiciones:

1. Que se encuentre en el primer orden de elegibilidad.
2. Que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el perfil del empleo a proveer.
3. Que la lista de elegibles de la que hace parte, se encuentre vigente.

SEPTIMO: El 25 de mayo de 2019 el congreso de la Republica Expide la Ley 1955 de 2019, POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022 “PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD” y en su Artículo 263 refiere a **REDUCIR LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO** (negrilla y línea fuera de texto).

OCTAVO: El 27 de junio de 2019 El Congreso de la Republica 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. Donde el articulo 6 queda así:

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 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.** (línea y negrilla fuera de texto).

NOVENO: El 16 de enero de 2020, La CNSC expide EL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada LEY 1960 de junio de 2019 así:

La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio do 20192, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019, a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selecciona a los que aplica, así:

"(...) El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) la presente ley rige a partir de su publicación (...)", hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se registrarán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación. (...)"

Lo anterior, en concordancia con el **Principio de Ultractividad** de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:

"[...]"

Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"

(...)

De conformidad con lo expuesto, 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"**; 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.

RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

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.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los **“mismos empleos”** o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, *“Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019”*, junto con su Aclaración.

El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 16 de enero de 2020.

DECIMO: El 12 de marzo de 2020, la CNSC expide el acuerdo 0165 de 2020 " Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique”.

Que, en el tercer Parágrafo del Considerando hace mención a la Aplicación de la Ley 1960 de 2019.

“Que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, determina que con los resultados de las pruebas de los procesos de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil, o la entidad contratada por delegación de aquella, elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso y que el uso de listas aplicara para proveer las vacantes objeto del concurso y para vacantes definitivas de cargos equivalentes que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”

Que, en el cuarto Parágrafo del Considerando hace mención a la conformación y el manejo del Banco Nacional de lista de elegibles.

Que, el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 señala que la CNSC deberá conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

DECIMO PRIMERO: Que, en el numeral 9 artículo 2° de la Ley 1960 de 2019, hace referencia a la Lista General de elegibles:

9. Lista General de Elegibles para empleo equivalente: Es el acto administrativo en el cual se agrupan en estricto orden de mérito a los elegibles de empleos equivalentes, para cubrir las vacantes definitivas de estos empleos, sea que se trate de vacantes declaradas desiertas o que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso mixto en la misma Entidad, en los términos establecidos en la Ley 1960 de 2019.

DECIMO SEGUNDO: Que, en el ARTICULO 8° de la Ley 1960 de 2019 hace referencia a la organización y uso del Banco de Lista General de elegibles BNLE

ARTICULO 8°. Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos:

1. Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se poseione en el cargo o no supere el periodo de prueba.
2. 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 art. 41 de la Ley 909 de 2004.
3. Cuando se generen vacantes del “mismo empleo” o de “cargos equivalentes” en la misma entidad.

PARAGRAFO: Las Listas de Elegibles también podrán ser utilizadas para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, para lo cual los nominadores deberán solicitarlas a la CNSC teniendo en cuenta las listas que hagan parte del BNLE y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

DECIMO TERCERO: Que, en el ARTICULO 9° de la Ley 1960 de 2019 hace referencia a la autorización del uso de Lista de elegibles.

ARTICULO 9°. Autorización del uso de Listas de Elegibles. Corresponde a la CNSC autorizar a la entidad, el uso de las listas de elegibles.

DECIMO CUARTO: Que, en el ARTICULO 9° de la Ley 1960 de 2019 hace referencia a la autorización del uso de Lista de elegibles.

DECIMO QUINTO: Que, en el ARTICULO 13° de la Ley 1960 de 2019 hace referencia a la vigencia y otras disposiciones.

ARTICULO 13°. Vigencia. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga en su integridad el Acuerdo 562 de 2016.

PARAGRAFO: Para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la expedición de este Acuerdo, se aplicarán las disposiciones contenidas en la normatividad vigente al momento de su aprobación.

DECIMO SEXTO: Posterior al 19 de junio de 2019 cuando entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, se han generado Vacantes no ofertadas del nivel **AUXILIAR 2**; vacantes que deben ser cubiertas con las listas de elegibles vigente so pena de estar Vulnerando el Debido proceso administrativo Artículo 29 de la CN.

DECIMO SEPTIMO: Que, de acuerdo a varias respuestas que ha dado la CNSC respecto a todos los cargos no ofertados en la convocatoria 436 de 2017, entidad-SENA con la denominación **AUXILIAR 2**, con los cuales tiene el deber legal de solicitar a la CNSC, el uso de lista de elegibles, para tal efecto, se cuenta con el siguiente listado identificado cada uno con su IDP:

186	440	537	1555	2019	2707	3418	4894	6273	9300
418	442	547	1745	2021	2933	3419	4912	6654	9301
433	482	610	1815	2023	2935	3687	4979	6667	9334
435	484	1313	1840	2058	3144	4397	5333	6802	9375
438	485	1378	1879	2706	3145	4810	5416	7432	9382
9466									

DECIMO OCTAVO: El SENA ha informado a la CNSC un número muy inferior de los cargos **NO REPORTADOS** con la denominación **AUXILIAR 2**, con los cuales ya hicieron algunos USOS de elegibles y ya se realizaron algunos nombramientos, sin embargo, el deber legal es hacer USO de listas de elegibles con todos y absolutamente todos los cargos **NO OFERTADOS**.

DECIMO NOVENO: Según información dada por el mismo SENA el total de cargos en dicha entidad EN TEMPORALES, PROVISIONALES, CARRERA, ENCARGO Y VACANTES VACANTES, con la denominación **AUXILIAR 2**, es de 203 cargos en total.

B. PETICIONES:

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:

PRIMERO: Que, el SENA mediante oficio solicite a la CNSC, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.

SEGUNDO: Solicito se me informe cual es el área temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, con la

denominación **AUXILIAR 2** y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos.

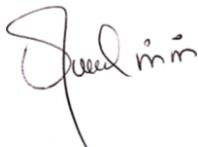
TERCERO: Teniendo en cuenta el artículo 29 de la CN, respecto al debido proceso solicito y que soy directa interesada en cada uno de esos cargos, solicito se me informe cada vez que se le cambie el perfil en cuanto al área temática a cada uno de esos cargos.

CUARTO: Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta EL SENA y cuantos de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito que se nos informe el documento de identidad de cada uno de ellos para verificar la información con la CNSC.

QUINTO: Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015.

C. NOTIFICACIONES:

Recibo notificaciones en la siguiente dirección Carrera 80D No 7B 83, Apto 506, Torre 8, celular 3115839619 Correo electrónico: arinelvillalobos@hotmail.com



Atentamente,

ARINEL VILLALOBOS RIVEROS
CC 53.071.019 De Bogotá

Con copia a la Procuraduría General De La Nación

De: servicioalciudadano@sena.edu.co

Fecha: 1/10/2020 3:06 p. m.

Asunto: Respuesta Ciudadana 92020038710 a PETICION No. 7-2020-158416

Para: ARINELVILLALOBOS@HOTMAIL.COM

Cc: GRUPOADMONDUMENTOS@SENA.EDU.CO, servicioalciudadano@sena.edu.co, JABLANCOB@SENA.EDU.CO, RELACIONESLABORALES@SENA.EDU.CO, RIOSM@SENA.EDU.CO

Apreciado Arinel Villalobos Riveros

Se ha emitido respuesta a PETICION con radicado 7-2020-158416

Radicado	92020038710
Respuesta	
N.I.S.	2020-01-212764

1-2021

Bogotá D. C.

Señor

ARINEL VILLALOBOS RIVEROS

ARINELVILLALOBOS@HOTMAIL.COM

Asunto: Respuesta Radicado No.: 7-2020-158416

Respetado señor Villalobos,

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 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (...). (destacado fuera de la cita)

Ahora bien y con relación al uso de listas de elegibles en los “mismos empleos”, la CNSC en Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, complementado en sesión de Sala Plena el 6 de agosto de 2020, aclaró:

“(...) De conformidad con lo expuesto, 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”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudios y experiencia reportados en la OPEC, 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”. (destacado fuera de la cita)

Y respecto al uso de listas de elegibles en “empleos equivalentes”, aclaró:

“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”.

Es importante mencionar que con relación al requisito “ubicación geográfica” que estableció el Criterio Unificado, en Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020, el Comisionado Fridole Ballén Duque, aclaró que éste hace referencia a aquellas vacantes ubicadas en el mismo municipio donde se encuentra el empleo reportado.

De acuerdo con lo expuesto y dado que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Para tal efecto, el análisis funcional de los empleos con las vacantes definitivas existentes y autorización de uso de listas, será realizado por la CNSC de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que establece:

“e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;”

“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 encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;” (destacado fuera del texto).

De igual forma, resulta pertinente traer a colación el Concepto No. 20192120127851 del 15 de marzo de 2019 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil:

“(…) 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).

Es pertinente traer a colación que la CNSC en Comunicación No. 20191020121341 del 12 de marzo de 2019, aclaró:

“(...) 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 meritatoria 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).

Por lo tanto, es preciso indicar que el SENA ha efectuado el reporte de todas las vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC y realizó la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 cumpliendo con la Circular 001 de 2020, corresponde a dicha Entidad emitir las autorizaciones respectivas para proveer los “mismos empleos” que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes.

Así mismo, se aclara que los perfiles de los empleos generados con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017 fueron perfilados conforme las necesidades del servicio reportadas por cada uno de los Centros de Formación atendiendo lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, que establece: “1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. (...)”. Ello en concordancia con lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-288 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub):

“La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”. (destacado fuera de la cita).

Por su parte, dando respuesta a su solicitud “se me informe cual es el área

temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, con la denominación AUXILIAR 2, y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos”, se adjunta base de datos de todas las vacantes reportadas con corte a Julio a la CNSC y frente a las cuales se reportó a dicha Entidad el uso de listas, con su respectiva identificación y perfilamiento. Respecto de la profesión del funcionario, es necesario que acuda a cada una de las Regionales y Centros de Formación a donde pertenecen los empleos para que le precisen dicha información, comoquiera que la facultad nominadora se encuentra delegada. Con relación a su petición “Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta el SENA y cuantos de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito documento de identidad de cada uno de ellos para verificar y cotejar la información con la CNSC”, le informo que en la planta de personal del SENA existen 680 cargos de Trabajadores Oficiales los cuales NO son considerados empleados públicos y por tanto no se rigen por las normas que regulan la carrera administrativa, por ello, no están inscritos en el Registro mencionado, ya que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva suscrita en 2015.

Así las cosas, y haciendo referencia a su petición, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas pendientes de provisión meritocrática y frente a las cuales se solicitó el uso de listas, se constató que las siguientes corresponden al mismo empleo OPEC No. 60194, el cual se denomina Auxiliar Grado 02, ubicado en Bogotá D. C., con el propósito, funciones y requisitos del cargo de Auxiliar:

Ubicación IDP

DISTRITO CAPITAL - CENTRO DE FORMACION EN ACTIVIDAD FISICA Y CULTURA 1816

Al respecto, es importante mencionar que la CNSC a través de comunicación No. 20202120546991 del 23 de julio de 2020 (adjunto), emitió autorización para la provisión de la vacante en mención, y dado que procedían varias listas para ser usadas, estableció el siguiente orden de agrupamiento conforme los puntajes obtenidos:

“1er aspirante: OPEC 60173 segunda posición

2o aspirante: OPEC 60174 segunda posición

3er aspirante: OPEC 60173 tercera posición”

De acuerdo con lo expuesto y dado que el uso de lista procede para las OPEC Nos. 58116, 60174, 57605, 60181, 60194, 60691, 60087, 60173 y 60179, la CNSC está ordenando conforme al puntaje obtenido, por tanto en caso que los elegibles delante de Usted no cumplan con los requisitos o no acepten la vinculación, será oportunamente informado por la Regional Distrito Capital.

Cordial Saludo,

Jonathan Alexander Blanco Barahona
Coordinador Grupo de Relaciones Laborales
Secretaría General - Dirección General
jablancob@sena.edu.co
+57 (1) 5461500 IP 12754
Dirección General Calle 57 # 8-69 Torre Sur/Bogotá

Proyectó: Nathalie A. Ríos Muñoz

NIS: 2020-01-212764

Atentamente,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO, CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA

Radicado: 54001-31-09-004-2020-00090-00

San José de Cúcuta, cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2.020)

Procede el Despacho a proferir el fallo dentro de la acción de tutela presentada por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, LA OFERTA PUBLICO DE EMPLEO DE CARRERA- OPEC, y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA por la presunta violación de su derecho fundamental de Debido Proceso, entre otros.

HECHOS

Refiere el accionante en síntesis que mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DEL 24-07- 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), dio a conocer el documento “Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer 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”.

Que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de **PROFESIONAL (sena) Grado 3, de la OPEC 61462**, para la entidad de derecho público **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE** logrando alcanzar el tercer lugar, ahora el segundo lugar por la recomposición automática de las listas, de acuerdo a la resolución N° CNSC – 20182120149475 DEL 17-10-2018 registrado en el puesto con 3 con 63.44 puntos.

Que el día 15 de octubre de 2019 “realicé un derecho civil al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, donde solicité información acerca de la planta de personal del SENA, que no fue respondido satisfactoriamente y por el cual el Juez Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta (N.S.) mediante fallo de tutela ordenó “*dar respuesta la solicitud remitida el 30 de octubre de 2019, vía página web del SENA, por el accionante 049519, petición orientada a que le brindara información. Respecto al número de cargos con el mismo propósito y funciones dentro de la planta de personal del SENA. Regional donde se encuentra ubicados los mismos, formas de su provisión, número de cargos en vacancia definitiva y en vacancia temporal, indicándose las razones de dicha temporalidad, entre otros ítems, de manera que satisfaga el derecho de petición, mediante una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente*”.

Que el día 09 de junio de 2020 “realicé un derecho civil al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, donde solicité lo siguiente:

1. *Se emita el acto administrativo por medio del cual se efectúe mi nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 03, con el mismo propósito y funciones del ofertado en la OPEC 61462 de la Convocatoria 436 del 2017, es decir, en alguna de las CUATRO (4) vacantes DEFINITIVAS informadas en el oficio No. 68-2-2020-003814 del 24/02/2020, emitido por el Coordinador del Grupo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, producto de la aplicación del Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC el 16/01/2020.*
2. *Se de aplicación al Acuerdo 159 del 06/05/2011 de la CNSC, así como la Resolución 3265 del 26/10/2010, en el sentido que se efectúe Audiencia de escogencia de empleo, teniendo presente que el oficio No. 68-2-2020-003814 del 24/02/2020, emitido por el Coordinador del Grupo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, señala vacantes en los municipios de Bucaramanga, Málaga, Cartagena de Indias y Palmira.*

3. Se aplique, en caso de no efectuar Audiencia de escogencia de empleo, mi criterio de preferencia en el siguiente orden: primero Bucaramanga, segundo máLAGA, tercero Cartagena de Indias y cuarto Palmira.
4. En caso de no ser efectuado el nombramiento en las plazas señaladas en el oficio No. 68-2-2020-003814 del 24/02/2020, emitido por el Coordinador del Grupo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, efectuar el nombramiento en periodo de prueba en alguna vacante definitiva disponible, aplicando el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC el 16/01/2020 y el procedimiento contenido en la Circular Externa No. 001 del 21/02/2020, "instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio del 2019" en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles".
5. Se efectúe solicitud de estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No. 61462, para hacer uso de las listas de elegibles de la misma, teniendo presente que existen CUATRO (4) vacantes definitivas con el mismo propósito y funciones, según se enunció previamente en el hecho Segundo de este escrito.
6. Suministrar copia íntegra de la solicitud, efectuada por el SENA ante la CNSC, de estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No. 61462, para hacer uso de la lista de elegibles, en caso de haberse efectuado.

Que el Servicio Nacional de Aprendizaje respondió al derecho de petición relacionado en el punto 2.4 con el escrito número 7-2020-085955, de la siguiente forma:

"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 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, 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 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, **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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (...)**".*

Indicando, también qué. : "... con relación al uso de listas de elegibles en los "mismos empleos", la CNSC en Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, aclaró:

*"De conformidad con lo expuesto, 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" 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"**. (destacado fuera de la cita) Y respecto al uso de listas de elegibles en "empleos equivalentes", aclaró:*

"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".

Es importante mencionar que con relación al requisito "ubicación geográfica" que estableció el Criterio Unificado, en Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020, el Comisionado Fridole Ballén Duque, aclaró que éste hace referencia a aquellas vacantes ubicadas en el mismo municipio donde se encuentra el empleo reportado.

De acuerdo con lo expuesto y dado que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Para tal efecto, el análisis funcional de los empleos con las vacantes definitivas existentes y autorización de uso de listas, será realizado por la CNSC de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que establece:

"e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;"

"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 encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;" (destacado fuera del texto).

Finalmente y con relación a los puntos de su comunicación en los cuales solicita información respecto de cargos con equivalente propósito, requisitos y funciones al empleo al cual concursó, se precisa que ello correspondería determinarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil por ser la Entidad responsable de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, no sin antes aclarar que – como se dijo en las líneas precedentes –, el uso de las listas conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los "mismos empleos" reportados y respecto a los cuales ya se brindó una respuesta concreta".

Que superó todas las etapas del proceso de selección citadas en el puesto dos por la recomposición de la misma, obteniendo un puntaje final de 63.44 puntos. Las etapas definidas en la convocatoria fueron (página 3 del Acuerdo CNSC-20171000000116 DEL 24-07-2017):

El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 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 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 de concurso en la misma entidad".

El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019), la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un "Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

Al respecto hay varios pronunciamientos de casos análogos que ordenan inaplicar por inconstitucional el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 expedido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y favorecimiento las peticiones que hoy expone en la tutela.

El 16 de enero de 2020 la CNSC expide el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" y con el revoca el anterior CRITERIO UNIFICADO de 1 agosto de 2019.

Motivo por el cual, el día 3 de marzo de 2020 realizó ante la CNSC un derecho de petición de la siguiente forma: 1. Se me informe si el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017. 2. Se me informe si el SENA ha solicitado autorización a la CNSC para hacer uso de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, para suplir las vacantes reportadas (petición 1). 3. Se me informe el procedimiento que debo seguir como parte de una lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 para poder optar a una de las vacantes definitivas existentes, o que se generen, en el SENA. 4. Se me informe si es posible que el SENA nombre personas en provisionalidad en vacancias definitivas, aún cuando existen listas de elegibles vigentes y con perfiles similares a los ofertados en la Convocatoria 436 de 2017. 5. Se me informe el procedimiento, y términos (si existen), que debe cumplir el SENA para que se le autorice nombrar personas de listas de elegibles vigentes.

Obteniendo la siguiente respuesta “En atención a su petición, frente a los puntos 1° y 2° de su solicitud, para su información el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, realizó el reporte de algunas vacantes no convocadas en la Convocatoria Nro. 436 de 2017, por lo cual, esta Comisión Nacional se encuentra adelantando los trámites pertinentes para validar si dichas vacantes corresponden a mismos empleos y en este entendido expedir la autorización de uso de listas en virtud del criterio Unificado y el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020.

En lo que respecta a los numerales 3° y 5°, es necesario precisar que para la provisión de vacantes surgidas con posterioridad al Proceso de Selección Convocatoria Nro. 436 de 2017, se hará de conformidad con lo estipulado en el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”⁴ aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020, el cual señala:

“(…) 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” (Subrayado y negrita fuera de texto)

Entendiéndose 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 se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección.

Para realizar el mencionado procedimiento, la entidad deberá, seguir los lineamientos impartidos a través de la Circular Externa Nro. 0001 de 2020 del 21 de febrero de 2020 “Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado “Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en proceso de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes”

Una vez realizado el anterior reporte y recibida la solicitud de uso de lista para mismos empleos, la Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de estas, remitiendo el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en período de prueba. Aunado a lo anterior no resulta procedente realizar estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC Nro. 61462, toda vez que a la fecha no media orden judicial o solicitud de autorización de uso elevada por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA; no obstante, teniendo en cuenta que la Entidad realizó el reporte de algunas vacantes no convocadas en la Convocatoria Nro. 436 de 2017, esta Comisión Nacional se encuentra adelantando los trámites pertinentes para validar si dichas vacantes corresponden a mismos empleos y en este entendido expedir la autorización de uso de listas en virtud del criterio Unificado y el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020.

Por lo cual, teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 61462, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 5 de noviembre de 2020.

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 selección⁵.

Ahora bien, en lo concerniente al punto número 4° de su requerimiento, frente al estado actual de las vacantes que se encuentran provistas en provisionalidad, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, habrá de elevar petición ante la cual presente interés, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma.

Por otra parte, en lo que se refiere al punto 6° de su petición, es procedente indicar que de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2, del artículo 12, de la Ley 909 de 20046, en el evento que la CNSC compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas, podrá dar inicio a una actuación administrativa con fines sancionatorios.

Advirtiendo que: “...para los nombramientos de las personas que estamos en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitados por el Criterio Unificado CNSC del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo como mostraré” (anexa relación).

Por lo anterior, solicitó que se protejan sus derechos fundamentales y se ordene a las entidades accionadas dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120149475 DEL 17-10-2018, respecto al cargo de Profesional (sena) Grado 3 CÓDIGO en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo de PROFESIONAL (sena) GRADO 3 CÓDIGO, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, con el fin de que quienes hacemos parte de las listas, optemos por una de ellas, que proceda a elaborar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA - Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes.

Se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar mi nombramiento según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista.

Adicionalmente, se proceda a INAPLICAR por inconstitucional el “criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020. Debido a las razones que expondré a continuación en mis argumentos.

TRÁMITE

Habiendo correspondido por reparto la acción de tutela a este estrado judicial, mediante auto de fecha 25 de agosto de 2020, resolvió admitir la acción de tutela y oficiar la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, LA OFERTA PUBLICO DE EMPLEO DE CARRERA- OPEC, y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, para que respondieran a los hechos y pretensiones plasmados por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ en el libelo tutelar, y de esa manera ejerciera su derecho de defensa y contradicción sobre los hechos y derechos vulnerados que se le endilgan.

Enviada la notificación a la entidad accionada, y a su vez a la vinculada, y transcurrido el término del traslado, estando para decisión la presente actuación del orden Constitucional, se obtuvo la siguiente respuesta:

RESPUESTA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC

El Dr. **CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA**, actuando en representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, en condición de asesor jurídico, luego de un análisis jurídico frente a las pretensiones del accionante, indicó que al caso en concreto, se consultó el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad- SIMO, se constató que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje, no ha reportado vacantes adicionales a la ofertada en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, que cumplan con el criterio de mismos empleos.

Aunado a lo anterior, una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado ante la CNSC acto administrativo en el que se soporte movilidad de la lista, por tanto se presume que no se presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, ni acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro, de quien ocupase la posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Asimismo, corroboró que el señor Mario Enrique Pita Álvarez ocupó la posición tres (3), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC - 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, en consecuencia, el accionante 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.

Es por esto por lo que el señor Mario Enrique Pita Álvarez se encuentra sujeto no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, aclarando que en caso de generarse una vacante adicional que cumpla con ser mismo empleo, existe una (1) elegible que ostenta mejor posición en la lista, lo que conlleva a que previo a proveerla con el accionante habrá de agotarse esta posición al tener mejor derecho.

Corolario de lo anterior en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse vacante que pueda ser provista, de conformidad con lo reportado con la entidad.

Por lo anterior, solicitó que se declaré improcedente la acción de tutela, por no existir vulneración a los derechos fundamentales.

RESPUESTA DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA

El Dr. **JONATHAN ALEXANDER BLANCO BARAHONA**, en mi condición de Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA luego de un análisis jurídico señaló que

“1. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, dio apertura la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, en la cual todas las personas interesadas en participar y que cumplieran con los requisitos de los empleos reportados, podían comprar los derechos de participar y posteriormente inscribirse a través del aplicativo SIMO, dispuesto por la Entidad en mención.

2. La convocatoria a concurso abierto de méritos, No 436 de 2017, se realizó a través del Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, estableciendo las reglas del concurso para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

3. El artículo 4 de la convocatoria pública 436 de 2017, señaló las siguientes fases del proceso: “1. Convocatoria y divulgación, 2. Inscripciones, 3. Verificación de requisitos mínimos, 4. Aplicación de pruebas, 4.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales; 4.3 Valoración de antecedente; 4.4 Prueba técnico -pedagógica para cargos de Técnico; 5. Conformación de lista de elegibles; 6. Periodo de prueba.

4. 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, de la siguiente forma:

“ARTICULO 9. REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN. Para participar en el proceso de selección se requiere:

(...)

4. Aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria.

(...)”

5. De conformidad con la convocatoria No 436 de 2017, los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público. Estableciendo que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas, de la siguiente forma:

“ARTICULO 10. EMPLEOS CONVOCADOS.

(...)

PARAGRAFO 1. Bajo su exclusiva responsabilidad, el aspirante deberá consultar los empleos a proveer mediante este concurso de méritos, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC, registrada por el SENA, la cual se encuentra debidamente publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.

PARAGRAFO 2° La OPEC que forma parte integral del presente Acuerdo, ha sido suministrada por la entidad pública objeto de la presente convocatoria y es responsabilidad exclusiva de ésta, por lo que, en caso de presentarse diferencia por error de digitación, de transcripción o de omisión de palabras entre la OPEC y el Manual de Funciones y competencias laborales y/o demás actos administrativos que la determinaron, la OPEC se corregirá dando aplicación a lo previsto en el artículo 5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del presente Acuerdo, así mismo, las Consecuencia que se deriven de dichos errores o inexactitudes recaerán en la entidad que recaerá en la entidad que reporto la OPEC.

PARAGRAFO 3. La sede de trabajo de cada uno de los empleos vacante objeto del presente proceso de selección, estará determinada en la OPEC, la cual forma parte integral de esta Convocatoria.”

Numeral 3 del artículo 14, del citado acuerdo, establece:

“PREINSCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL EMPLEO: El aspirante debe escoger el empleo para el cual va a concursar en la presente Convocatoria, teniendo en cuenta que únicamente podrá inscribirse para un (1) empleo y que debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del mismo. Una vez haya decidido el empleo de su preferencia, debe seleccionarlo en SIMO y realizar la preinscripción (..). (Negrilla fuera de texto)

Como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por medio de la Resolución No. CNSC-20182120149475 del 17 de octubre de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 61462 denominado Profesional Grado 03, ubicado en la Regional Santander, Centro de Servicios Empresariales y Turísticos- en la ciudad de Bucaramanga, con el propósito, funciones y requisitos del Proceso Administrativo denominado GESTIÓN DE FORMACIÓN PROFESIONAL INTEGRAL.

De conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó inicialmente con seis (6) ciudadanos, encontrándose entre ellos el accionante en el tercer puesto, con un puntaje 63,44.

De conformidad con el artículo quinto, del precitado acto administrativo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que la lista de elegibles quedó en firme, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, debió producirse por parte del nominador, el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

Así las cosas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, el SENA realizó el nombramiento en periodo de prueba del elegible FERNANDO ENRIQUE GÓMEZ CASTELLANOS quien ocupó la primera posición en el orden de mérito, y tomó posesión del empleo Profesional Grado 03 identificado con el código OPEC 61462.

“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 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 (...)”

12. Con relación a la provisión de los cargos cuyo concurso fue declarado desierto, 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 mérito, ni los empleos declarados desiertos y en consecuencia, si Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones 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 vacante 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 superen todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritória 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.”

13. La CNSC, expidió el 1 de agosto de 2019, un “CRITERIO UNIFICADO” en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017, de la siguiente forma:

“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 convenio.

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 la lista 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 aplicables a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijado por la ley ampliamente mencionada.”.

RESPUESTA DE LOS SEÑORES NELLY MENDEZ MEZA, Y NELSON PLATA GALVIS frente a las pretensiones de la tutela, señaló que apoya las pretensiones del Señor MARIO PITA ALVAREZ, por lo tanto, “me uno a la reclamación de mis derechos como segundo puesto en esa misma lista de elegibles”.

Habiéndose surtido el trámite correspondiente a la instancia y siendo este despacho el competente, entra a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a proferir el fallo dentro de la acción de tutela presentada por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, LA OFERTA PUBLICO DE EMPLEO DE CARRERA- OPEC, y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA por la presunta violación de su derecho fundamental de Debido Proceso, entre otros.

La pretensión del accionante, consiste en que se ordene a las entidades demandadas que procedan de dejar sin efectos jurídicos el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, expedido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, respecto del USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019 y en consecuencia dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120149475 DEL 17-10-2018, respecto al cargo de Profesional (SENA) Grado 3 CÓDIGO en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

Así mismo, que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo de PROFESIONAL (SENA) GRADO 3 CÓDIGO, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, y procedan a elaborar la lista de elegibles.

Igualmente, que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar su nombramiento según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista.

Antes de entrar a resolver de fondo las pretensiones incoadas en la presente acción constitucional, es necesario establecer si se cumplen con los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, en concurso de méritos.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional¹ ha señalado que en un principio la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos; no obstante; posteriormente la jurisprudencia estableció dos excepciones, la primera; se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto a la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no esta legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, la segunda excepción, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto,

¹ Sentencia T- 315/98

es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediadamente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción, por tal motivo, el Juez Constitucional debe examinar minuciosamente las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental.

Así mismo ha manifestado reiteradamente que² *“la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas, pese haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva, ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata”*.

Igualmente la Honorable Corte Constitucional señaló que³ *“la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto lesiona sus derechos fundamentales”*.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, se advierte que las pretensiones invocadas por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ se encuentran dentro de las excepciones de procedibilidad de la tutela, toda vez, que el actor alega que el acto administrativo expedido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL consistente en el CRITERIO UNIFICADO de fecha 16 de enero de 2020 dentro de la convocatoria 436 de 2017 proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL (SENA) Grado 3, de la OPEC 61462 en la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA, afecta gravemente sus derechos al trabajo, mínimo vital, a obtener un cargo en carrera, entre otros, al no tener en cuenta los empleos equivalentes, los cargos en provisionalidad o por encargo dentro de la lista de elegibles.

Para un mejor desarrollo es necesario establecer que hechos se lograron demostrar con los documentos aportados en el libelo tutelar:

1. Que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 al cargo de Profesional Grado 3 destinada al Concurso de Méritos para proveer empleo en la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA., obteniendo un puntaje de 63.44 puntos.
2. Que de acuerdo a la lista de elegibles OPEC 61462 dentro de la convocatoria 436 de 2017, ocupó el tercer puesto para ocupar el empleo de carrera denominado Profesional, Grado 3 del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.
3. Que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ radicó derecho de petición ante el SENA, para obtener información sobre la planta de personal del SENA, obteniendo la relación del mismo.
4. Que posteriormente en fecha 09 de junio de 2020 el accionante radicó nuevo derecho de petición solicitando se efectuó su nombramiento en periodo de prueba de profesional Grado 3 atendiendo a las 4 vacantes informadas, entre otros aspectos, obteniendo respuesta negativa.
5. Que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC mediante CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” señaló 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

² Sentencia T-425/01

³ Sentencia T-160/18

posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, 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.

En conexidad con lo anterior, se tiene que al momento de establecerse la convocatoria aludida, la entidad denominada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, le indicó a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que para el cargo al cual se postuló el accionante, es decir, Profesional Grado III, solo existía una vacante disponible, luego entonces, superada las etapas de conomiento la CNSC estableció a través de la lista de elegibles, el orden porcentual para ocupar dicho cargo, por ende la persona que ocupó el primer lugar, fue llamado a periodo de prueba para ocupar la única vacante disponible en su momento de Profesional Grado III, lo que quiere decir que el actor paso automáticamente a ocupar el segundo lugar para ocupar en carrera el cargo de Profesional Grado III.

El problema jurídico planteado en la presente acción de tutela, consiste en establecer sí el criterio unificado de uso de las listas de elegibles de fecha 26 de enero de 2020, se ajusta a las reglas o parámetros establecidos por la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia a ello, si es viable agregar a lista de elegibles el cargo de Profesional Grado III que se encuentren vacantes en otros municipios, y los demás cargos equivalentes, incluyendo los que están ocupados en provisionalidad o por encargo.

De acuerdo a las manifestaciones expresadas por las partes dentro de la acción constitucional, se tiene como eje temático la Ley 1960 de 2019, específicamente el artículo 6, numeral 4 y artículo 7 que versa sobre:

“ARTÍCULO 6, modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedando así:

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.

ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

El actor argumentó que de acuerdo a la contestación del derecho de petición suscrito por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, (anexo 7 del escrito de tutela) en el cual relacionaron los cargos de denominación Profesional Grado II, ocupados en forma provisionalidad, solicitó que se efectuara su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 03, es decir, en alguna de las CUATRO (4) vacantes DEFINITIVAS, por encontrarse en segundo lugar de la lista de elegibles OPEC 61462. Los cargos en provisionalidad están relacionados así:

nivel	denominacion	grado	num_ vacantes	dependencia	municipio vacantes	departamento vacantes	Forma de Provisión	Motivo de forma de provisión
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Valle-Centro de Biotecnología Industrial	PALMIRA	VALLE DEL CAUCA	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Santander-Centro de Servicios Empresariales y Turísticos	BUCARAMANGA	SANTANDER	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Bolívar-Centro. Internacional Náutico, Fluvial y Portuario	CARTAGENA DE INDIAS	BOLÍVAR	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Santander-Centro Agroempresarial y Turístico de los Andes	MÁLAGA	SANTANDER	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa

Obteniendo como respuesta que **“que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados”**, es decir no se accedió a la petición, atendiendo a que solo se puede proveer las vacantes para los mismos empleos reportados.

Motivo por el cual, el día 3 de marzo de 2020 realizó ante la CNSC un derecho de petición de la siguiente forma: “1. Se me informe si el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017. 2. Se me informe si el SENA ha solicitado autorización a la CNSC para hacer uso de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, para suplir las vacantes reportadas (petición 1). 3. Se me informe el procedimiento que debo seguir como parte de una lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 para poder optar a una de las vacantes definitivas existentes, o que se generen, en el SENA. 4. Se me informe si es posible que el SENA nombre personas en provisionalidad en vacancias definitivas, aun cuando existen listas de elegibles vigentes y con perfiles similares a los ofertados en la Convocatoria 436 de 2017. 5. Se me informe el procedimiento, y términos (si existen), que debe cumplir el SENA para que se le autorice nombrar personas de listas de elegibles vigentes”.

Obteniendo la siguiente respuesta que para la provisión de vacantes surgidas con posterioridad al Proceso de Selección Convocatoria Nro. 436 de 2017, se hará de conformidad con lo estipulado en el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”⁴ aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020, el cual señala:

*“(…) 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”** (Subrayado y negrita fuera de texto)*

Entendiéndose 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 se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección.

Atendiendo a las respuestas emitidas por las entidades accionadas (CNSC y SENA) el actor considera que el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, no está aplicando lo reglamentado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, toda vez, que señaló **“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”**.

Entendiéndose que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA deberá realizar en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años, lista en la que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto con un puntaje de 63.44, siendo ascendido al segundo puesto de la lista, en atención a que el único cargo a proveer de Profesional Grado 3, fue ocupado por el señor FERNANDO ENRIQUE GÓMEZ CASTELLANOS quien obtuvo el mejor puntaje, es decir que respecto del artículo antes referido no existe objeción alguna por parte del actor.

Entonces, la controversia entre las partes consiste en la expresión **“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”**, ello debido a que el accionante advierte que existen cuatro vacantes de cargos equivalentes no convocados que actualmente se encuentran ocupados en forma provisional, cuando el deber ser de las entidades era agregarlos a las vacantes definitivas para que las personas que tenga mejor orden de mérito en la lista de elegibles sea vinculadas en carrera.

Al respecto la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, señalaron que no desconocen los criterios establecidos en la Ley 1960 de 2019, sino que por el contrario le dan aplicación al artículo 7 ibidem que reza: *“La presente Ley rige a partir de su publicación”*.

Por lo que, se advierte un nuevo problema jurídico, en el sentido de que si a la convocatoria 436 de 2017, esta cobijada por la Ley 1960 de 2019, o por el contrario esta excluido por efecto de ultraactividad de la norma.

Fíjese que la expresión objeto de debate **“y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”**, le permite a la lista de elegibles acceder a vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad, a las establecidas al momento de conformarse la respectiva lista de elegibles, como lo argumenta el accionante, pues recordemos que demostró que existen cuatro vacantes definitivas del cargo denominado profesional grado 2 en provisionalidad, (cargo equivalente no convocado) a la cual podría acceder para ser nombrado en carrera, sino fuera por la argumentación de las entidades accionadas, que fundamentan su negativa en la vigencia de norma antes reseñada.

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla indistintamente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Obsérvese además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *“Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”*, teniendo por “igual” *“que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos”* y *“muy parecido o semejante”* es decir, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Entendiéndose que la fuente de la precisa vulneración de los derechos del accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2020 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 436 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes.

Por lo que, al Despacho no le cabe duda alguna de que las entidades accionadas, al no contemplar el espíritu de la Ley 1960 de 2019, en el Criterio Unificado de la lista de elegibles de fecha 16 de enero de 2020, trasgredió el derecho fundamental al accionante de acceder a un cargo público en carrera, afectando su derecho al trabajo y al mínimo vital.

En conclusión, se tutelarán los derechos fundamentales al señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ y en consecuencia se ordenará a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC de una vez notificados del presente fallo, proceda INMEDIATAMENTE a realizar los trámites administrativo para dejar sin efectos jurídicos el CRITERIO UNIFICADO DE LISTA DE ELEGIBLES de fecha 16 de enero de 2020, igualmente se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, reporte los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo PROFESIONAL GRADO 3 al que concurso MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, y actualice la existente en el SIMO, a su vez, deberá solicitar ante la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC el uso de la lista de elegibles OPEC 61462 donde el actor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto a fin de proveer las vacantes definitivas que correspondan al mismo empleo, incluyendo los creados posteriormente y los cargos equivalentes que reporte el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA. Así mismo, se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, que a una vez solicitada por parte del SENA el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con cuarenta y ocho (48) horas siguientes una vez el SENA adelante el trámite anterior. Y se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectúe los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba del señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, respetando el escrito orden por mérito de la lista de elegibles OPEC 61462.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a obtener un cargo en carrera publica, al trabajo, al mínimo vital, entre otros, al señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC de una vez notificados del presente fallo, proceda **INMEDIATAMENTE** a realizar los trámites administrativos para dejar sin efectos jurídicos el CRITERIO UNIFICADO DE LISTA DE ELEGIBLES de fecha 16 de enero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro **de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes** a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, reporte los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo PROFESIONAL GRADO 3 al que concurso MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, y actualice la existente en el SIMO, a su vez, deberá solicitar ante la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC el uso de la lista de elegibles OPEC 61462 donde el actor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto a fin de proveer las vacantes definitivas que correspondan al mismo empleo, incluyendo los creados posteriormente y los cargos equivalentes que reporte el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC que a una vez solicitada por parte del SENA el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes** su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro del término de **cinco (5) días hábiles**, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectuó los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba del señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, respetando el escrito orden por mérito de la lista de elegibles OPEC 61462, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: NOTIFÍQUESE la presente decisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por el medio más expedito y, en el caso de no ser impugnado el fallo, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS JAVIER BERNAL RIVERA
Juez



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA QUINTA - MIXTA**

Magistrado Ponente: Daniel Montero Betancur

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01

Accionante: Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado

Accionado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC

Naturaleza: Tutela

Instancia: Segunda

Asunto: Acción de tutela frente a acciones y omisiones de la administración en el marco de los concursos abiertos de méritos / Banco Nacional de Listas de Elegibles / vigencia de la ley 1960 de 2019.

Sentencia: 47

Decisión: Revoca decisión / concede amparo

Acta de Sala: 59

La Sala procede a resolver la impugnación presentada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo de Medellín.

ANTECEDENTES.

1. De la acumulación de procesos en primera instancia.

En auto de 10 de agosto de 2020, el juez de primera instancia ordenó la acumulación de la acción de tutela promovida por Wilson Bastos Delgado contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la cual se venía tramitando en el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, al proceso de la acción de tutela con radicado 05001 33 33 031 2020 00152 00, la cual estaba en trámite en el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín.

2. Fundamentos fácticos.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, actuando en nombre propio, interpusieron acción de tutela sustentada en los siguientes hechos:

2.1.- Mediante acuerdo 20171000000116, de 24 de julio de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) convocó a proceso de selección las vacantes definitivas de la planta global de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA) (convocatoria 436, de 2017).

2.2.- Surtidas las etapas del concurso, se proveyeron todas las vacantes inicialmente convocadas en cada OPEC (Oferta Pública de Empleos de Carrera), incluidas todas las 76 listas o empleos en el cargo de Instructor en Gestión Administrativa.

2.3.- Gustavo Adolfo Pineda Pineda obtuvo una calificación de 82,01 puntos, integrando la lista de elegibles vigente del empleo OPEC 58995 (ubicación geográfica – municipio de Medellín); no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

2.4.- Wilson Bastos Delgado obtuvo una calificación de 81,72 puntos, integrando la lista de elegibles vigente del empleo OPEC 59953 (ubicación geográfica – municipio de Piedecuesta); no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

2.5.- Gustavo Adolfo Pineda Pineda ocupa, en la actualidad, la primera posición en la lista de elegibles del departamento de Antioquia y a nivel nacional.

2.6.- Wilson Bastos Delgado ocupa, en la actualidad, la primera posición en la lista de elegibles del departamento de Santander y la segunda a nivel nacional.

2.7.- Que en la entidad existen 12 vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática "*instructor en gestión administrativa*", cargo para el cual concursaron los accionantes; no obstante, a pesar de sus altos puntajes (primero y segundo lugar a nivel nacional, en la actualidad), las entidades accionadas no les ofrecieron tales vacantes, pues, ninguna de ellas corresponde a la ubicación geográfica de los municipios en que concursaron (Medellín y Piedecuesta).

2.8.- Que la planta de personal del SENA es global, por su naturaleza de entidad del orden nacional y, según el manual específico de funciones y competencias, el empleo de instructor con 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.

2.9.- Que en relación con las vacantes definitivas no convocadas que surgieron con posterioridad a la convocatoria de la cual hicieron parte los accionantes, la CNSC expidió, con base en la ley 1960 de 2019, un criterio unificado de 16 de enero de 2020 y la circular externa 1, de 2020, en cuyos documentos 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, lo que se convirtió en el factor determinante de provisión del empleo, reemplazándose el criterio de mérito.

2.10.- Que en los departamentos de Antioquia y Santander existen vacantes disponibles, entre otras, en las ciudades de Itagüí, Rionegro y Málaga, en el área temática de "*Instructor en Gestión Administrativa*".

2.11.- Que en la ciudad de Armenia (Quindío) existe una vacante definitiva en gestión administrativa que no tiene "*elegibles*", con lo cual, las vacantes definitivas no convocadas serían 13, distribuidas así: 11 vacantes con listas de elegibles en cada ubicación geográfica y 2 vacantes definitivas sin elegibles.

3. Derechos cuya protección se invoca.

En los escritos de tutela, los accionantes afirmaron que las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana y que se transgredieron los principios constitucionales del mérito y la buena fe.

4. Pretensiones.

Como pretensiones en común, los accionantes solicitaron que se tutelaran los derechos fundamentales invocados.

Además de lo anterior, se solicitaron las siguientes pretensiones:

- **Gustavo Adolfo Pineda Pineda** solicitó: i) ordenar al Director General del SENA que realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 909 de 2004, permitiéndose el uso de la lista de elegibles a nivel departamental, respecto de la vacante identificada con el IDP 5542, en Gestión Administrativa en el centro diseño confección y moda, OPEC 60884 del municipio de Itagüí y, la vacante identificada con el IDP 1168, en Gestión Administrativa en el centro de la innovación, la agroindustria y la aviación, OPEC 60895, ii) ordenar a la CNSC que realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 58995 y iii) ordenar al SENA que, una vez realizado lo anterior, proceda con el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del actor y, de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término de ley con su posesión en período de prueba, en una de las vacantes definitivas no convocadas.

De manera subsidiaria, solicitó: i) que se ordene asignar todas las vacantes definitivas no convocadas, mediante lista general, conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos y ii) que las vacantes definitivas no convocadas, y aquellas que lleguen a surgir en la vigencia de las listas actuales, no sean sometidas a nuevo concurso.

- **Wilson Bastos Delgado** solicitó: i) ordenar al Director General del SENA que realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 59953, para proveer, según posición de mérito y cumplimiento de requisitos mínimos, el cargo de instructor código 3010 G 1 del área de gestión administrativa, en una de las vacantes 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 y 3940 y las que llegaren a surgir en vigencia de la lista de elegibles OPEC 59953 ii) ordenar a la CNSC que 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 autorización de uso de lista de elegibles de la OPEC 59953, que integra el actor y 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 y, de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término contemplado en la ley con su posesión, en período de prueba, en una de las vacantes definitivas no convocadas.

De manera subsidiaria, solicitó que la vacante definitiva, no convocada, identificada con el IDP 4527, ubicada en el centro agroempresarial y turístico de los Andes, en Málaga (Santander), en vez de ser llevada a concurso, se le solicite a la CNSC que autorice el uso de la lista de elegibles de las OPEC en Santander para esta vacante, y se le ordene a la CNSC, realizar el estudio técnico y remitir al SENA la autorización del uso de la lista de elegibles y su posición de mérito y cumplimiento de requisitos, para que el actor sea nombrado en período de prueba.

5. Actuación procesal de primera instancia.

La solicitud fue repartida al Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, cuyo titular la admitió contra el SENA y la CNSC, por medio de auto de 5 de agosto de 2020 y les concedió dos (2) días para presentar su informe sobre los hechos, según lo previsto por el artículo 19 del decreto 2591 de 1991.

Posteriormente, en auto de 10 de agosto de 2020, se acumuló a este proceso la acción de tutela promovida por Wilson Bastos Delgado contra el SENA y la CNSC, la cual se venía tramitando en el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga.

6. La oposición a la acción de tutela.

6.1. En la oportunidad concedida por el juzgado de primera instancia, el **SENA** indicó que las listas de elegibles de las cuales hacen parte los accionantes quedaron en firme en marzo de 2019, es decir, hace mas de 15 meses, por lo cual no se cumple con el requisito de la inmediatez.

De otro lado, afirmó que los accionantes cuentan con otros medios de defensa judicial para controvertir las decisiones adoptadas por el SENA y la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, por lo que se debió haber demandado dichas decisiones a través de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ello, teniendo en cuenta que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que brinda protección inmediata a los derechos constitucionales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública, pero de ninguna manera se establece como acción que pueda ser sustitutiva de las acciones ordinarias que se ejercen ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Que los accionantes fueron advertidos en la preinscripción que solo podían inscribirse a una sola OPEC y que bajo su responsabilidad debían consultar los empleos a proveer mediante el concurso de méritos, por cuanto, las sedes de trabajo de cada uno de los empleos vacantes, estarían determinadas por la OPEC, la cual formaría parte integral de la convocatoria, situaciones y reglas del proceso que fueron aceptadas al momento de la inscripción.

Refirió que, de accederse a lo pretendido por los accionantes de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado "Instructor, grado 1, de SENA", se desconocerían las reglas del concurso señaladas en la convocatoria; además, no tendría validez, teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un núcleo básico de conocimiento diferente y una experiencia específica y, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo los códigos OPEC diferentes.

Agregó que, el párrafo del artículo 2.2.5.3.2. del decreto 1083 de 2015, establece que las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacantes 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.

6.2. Por su parte, la **CNSC** señaló que la presente acción de tutela no tiene la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irremediable al que pudieran verse enfrentados los accionantes, circunstancia que funge como requisito sine qua non para promover la presente acción constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa. Así, en punto al problema jurídico, surge diáfano que la acción de tutela no cumple con el presupuesto de la subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de acudir a la lista de elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

Refirió que los lineamientos dispuestos en la ley 1960 de 2019 aplica solo a los procesos de selección aprobados por la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, extensible también al uso de sus listas de elegibles, por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la ley 1960 de 2019, en el caso objeto de estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede

"frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa", situación que no se da en el sub judice, comoquiera que, estamos en presencia de un hecho consolidado, pues, las etapas del concurso de mérito ya se encuentran agotadas.

Manifestó que no se pueden identificar dos empleos como equivalentes si no hacen parte del mismo grupo de referencia, ya que no son compatibles, dado que no se cumplen las mismas condiciones en la calificación de las diferentes pruebas aplicadas, precisándose 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 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.

En lo que tiene que ver con Gustavo Adolfo Pineda Pineda, indicó que el SENA no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la convocatoria 436 de 2017, que cumpla con el criterio de "mismo empleo"; además, precisó que el actor ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, sin poder ocupar la vacante disponible para el cargo que aspiró, por lo cual, se encuentra sujeto a la vigencia y tránsito habitual de la lista de elegibles, cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Respecto de Wilson Bastos Delgado, manifestó que ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, sin poder ocupar la vacante disponible para el cargo que aspiró; además, respecto de la petición 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, en aplicación del criterio de equivalencia de los cargos, la entidad indicó que dicha solicitud no procede en este caso, comoquiera 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.

6.3. El **Ministerio Público** emitió concepto, en el cual, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial en relación con la carrera administrativa y la provisión de cargos vacantes a través de concursos de méritos, señaló que, en principio, las listas de elegibles solo pueden utilizarse para proveer cargos que no fueron inicialmente objeto de convocatoria, cuando dicha regla se encuentre prevista en la ley especial que regula el concurso de méritos o en la convocatoria, ello conforme a que las reglas señaladas en las convocatorias son inmodificables, en razón a los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima.

No obstante, manifestó que no puede desconocerse que el desarrollo normativo de la ley 909 de 2004 da cuenta de la intención del legislador 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 de mérito, el cual implica que el ingreso, permanencia y ascenso dentro de la función pública está sustentado en el mérito o las capacidades del aspirante, buscando construir una administración pública sólida, capaz de enfrentar los retos que la dirección y administración de las distintas áreas de lo público plantean, lo cual solo se logra cuando ésta se encuentra en cabeza de las personas idóneas, desde la perspectiva académica, técnica, moral y operativa, idoneidad que es objeto de demostración y evaluación, por medio de los concursos públicos.

Señaló que, de entenderse improcedente la utilización de las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacantes que no fueron ofertados inicialmente, pero, que son equivalentes, se daría al traste con el derecho a la igualdad respecto de los participantes que pueden optar por 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.

Refirió que no se entiende el trato diferenciado entre las personas que se encuentran en listas de elegibles para suplir cargos públicos en convocatorias reguladas por la ley 909 de 2004, respecto de cargos vacantes no convocados y su aplicación en empleos equivalentes, toda vez que se encuentran en igual supuesto de hecho; además, con ello no se persigue un fin aceptado constitucionalmente, pues por el contrario se contraviene el principio de mérito y la diferenciación no resulta proporcionada en la medida que algunos participantes no podrían acceder a

ocupar un cargo de carrera cuando superaron satisfactoriamente todas las etapas del concurso y existen empleos equivalentes sin proveer.

6.4. En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia vinculó al presente trámite constitucional, como terceros interesados a: i) los integrantes de las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, del SENA, para proveer los cargos de instructor en gestión administrativa, ii) los elegibles en el área temática de gestión administrativa y que ya fueron notificados de la autorización que la CNSC remitió de uso de listas de elegibles y iii) los funcionarios que en provisionalidad ocupen empleos de instructor.

En el trámite de la acción de tutela, se presentaron ante el juzgado de primera instancia las intervenciones de las siguientes personas: Néstor Tarsicio Pascuas Lequizamo, Lisbeth Paola García Portala, Nancy Yamile Rodríguez Suárez, Martha Yaneth Ferrer Cárdenas, Lisbeth Paola García Portala, Genaro Ruíz Ríos, Edinson Enrique Pérez Yepes, Marco Tulio Barrero Tique, David Londoño González, Andrés Alberto Gutiérrez, Carlos Enrique Parra, Jaime Alberto Castrillón Castrillón, César Augusto Serrano Rodríguez, Judith Fera Díaz, Ana Jakeline Díaz Muñoz, Andrea Josefina Gutiérrez Sánchez, Judith Jazmín Dussan Prieto, Edilia Restrepo Bustamante, Orlando Antonio Alcendra Moscote, Ana Milena Peña Dávila, Talía Pérez Mendoza, Carlos Enrique Parra Rodríguez y Consuelo Herrera García.

Los intervinientes manifestaron que se encontraban en la misma situación fáctica de los accionantes y, por tal razón, coadyuvaron las pretensiones de los actores, en el sentido de que se garanticen los principios de mérito e igualdad, sobre el elemento de "ubicación geográfica".

Solicitaron que las vacantes definitivas no convocadas y las que llegaren a surgir en vigencia de las listas de elegibles actuales, no sean sometidas a un nuevo concurso de mérito, sino que, se asignen, por lista general, conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos.

7. La sentencia impugnada.

El Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 18 de agosto de 2020, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, para lo cual señaló, en primer lugar, que en el asunto de la referencia se cumplen los

requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad, lo cual permite estudiar de fondo lo pretendido por los accionantes.

De otro lado, señaló que no existe vulneración a derecho fundamental o principio constitucional alguno 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 de méritos, 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.

Agregó que, contrario a lo dicho por los accionantes, para este caso no es posible dar aplicación al parágrafo del artículo 11 de la ley 909 de 2004¹, por cuanto tal potestad fue eliminada del ordenamiento jurídico y, además, las normas propias del concurso no contemplaron dicha posibilidad de “departamentalizar” las listas de elegibles.

Señaló que lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 1960 de 2019 no es aplicable a la convocatoria 436 de 2017, pues las listas de elegibles que conforman los accionantes fueron establecidas mediante las resoluciones 20182120192835, de 24 de diciembre de 2018 y 20192120011295, de 26 de febrero de 2019, esto es, antes de 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019.

Refirió que la CNSC, mediante criterio unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, de 16 de enero de 2020, 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 mencionada ley y de los lineamientos establecidos en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de la ultractividad de la ley.

¹ **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:

...

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”.

ACCIÓN DE TUTELA
05 001 33 33 031 2020 00152 01

Así mismo, el juez de primera instancia expuso lo siguiente (se transcribe de forma textual):

“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.

...

“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”.

7. La impugnación.

Dentro del término concedido, los accionantes impugnaron el fallo proferido por el juez de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda señaló que el juez de primera instancia se apartó del precedente judicial, respecto del uso de las listas de elegibles frente a los cargos declarados desiertos de la convocatoria 436, de 2017, lo cual, además, va en contravía de las políticas públicas del Estado en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (artículo 263 de la ley 1955 de 2019), tendiente a reducir la provisionalidad en el empleo público.

Agregó que es de obligatorio cumplimiento por parte de la CNSC crear el banco de lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen de manera posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

Así mismo, manifestó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo anterior y si se le va a dar aplicación al Decreto 1834 de 2015 para que sea procedente muy respetuosamente se informa que las primeras tutelas con la misma situación FACTICA Y JURIDICA contra el SENA y LA CNSC por la convocatoria 436 de 2017 el despacho judicial que primero tuvo conocimiento de la tutela fue: el JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE CUCUTA mediante la tutela No 54001333300220200010500

...

“Pido que se tenga en cuenta este precedente judicial en cuanto a la acumulación de las tutelas, y para que se revoque el fallo y se me protejan mis derechos fundamentales, o se le de Nulidad a todo lo actuado y se acumule mi acción de tutela a la del JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE CUCUTA mediante la tutela No 54001333300220200010500”.

Por su parte, **Wilson Bastos Delgado** hizo alusión a una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para señalar que con las listas de elegibles vigentes se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados, cuando estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación y, además, tengan similitud funcional, los cuales deberán ser ocupados en ordendescendente.

Señaló que las vacantes no convocadas de “*Instructor en Gestión Administrativa*”, a las que se hace alusión en esta tutela, cumplen con los presupuestos fácticos que logran determinar la similitud funcional con los empleos inicialmente provistos (OPEC

ACCIÓN DE TUTELA
05 001 33 33 031 2020 00152 01

59953 y OPEC 58995), lo que generó a favor de los aquí accionantes, una expectativa legítima para acceder al cargo público de méritos.

Agregó, además, lo siguiente:

“Así las cosas, lo que ha solicitado el actor en las pretensiones de la tutela es precisamente buscar el amparo constitucional para proteger sus derechos fundamentales incoados y poder acceder a una vacante definitiva en carrera administrativa, en período de prueba, en uso de la lista de elegibles vigente de que hace parte después de haber sido seleccionado en un riguroso concurso de méritos en el que participó y compitió en igualdad de condiciones con elegibles de otros empleos con similitud funcional, para acceder a un cargo de idéntico grado y denominación que yace en vacancia definitiva, no convocado y equivalente conforme determinó la ley 1960 de 2019, pero del que sustancialmente es la premisa mayor que persigue el constituyente en su artículo 125 superior. Posibilidad que de brindarse el amparo constitucional solicitado en marco de la protección de sus derechos fundamentales le permitirá al actor acceder de acuerdo a como se agote el orden de provisión establecido en el Decreto 1083 en comento, numeral 4 artículo 2.2.5.3.2., modificado por el artículo 1 el decreto 498 del 30 de marzo de 2020, donde al ser sometido el actor a la posición de mérito, y cumplimiento de requisitos, no vulnera derechos de los ya posesionados en período de prueba en los empleos inicialmente provistos, ni vulnera el acuerdo de convocatoria, ni vulnera la Constitución, pues no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública arbitrario e inconsulto y tampoco nada que por sus méritos no merezca y favorezca especialmente los fines del Estado.

“Deviene conforme a lo señalado en el artículo 53 de la Constitución Política, aplicar en el caso bajo examen la situación más favorable al trabajador consistente en retrospectividad, utilizar la lista de elegibles vigente de la OPEC 59953 que integra el actor, para proveer las vacantes definitivas no convocadas de instructor código 3010, en Gestión Administrativa. Considera respetuosamente el actor que posiblemente se equivoca la CNSC en tal apreciación al determinar que la ley 1906 de 2019 no aplica al caso concreto por ser posterior a la convocatoria y no sería acertada la interpretación que parece darle la accionada en el sentido de que utiliza un concepto en virtud de la ultractividad de la ley 1960 de 2019, para el caso concreto, porque se apartan las accionadas y el respetado Juez de la retrospectividad de la ley, que permite que en tránsito de una ley, existiendo unas listas de elegibles vigentes las cuales dentro de la misma convocatoria 436 de 2017, no han consolidado ningún efecto jurídico, son una mera expectativa, que en el momento que se suceda esta provisión de las vacantes definitivas convocadas, se aplica la ley vigente, ley 1960 de 2019.

“Una cosa es que la ley sea posterior a la convocatoria 436, la cual ya concluyó con unos derechos adquiridos que se materializaron en los nombramientos en período de prueba y otra cosa distinta son las listas de elegibles que como bien lo ha manifestado la misma CNSC, no ostentan un derecho adquirido y relativamente lo ha manifestado que son una mera expectativa, por lo que en tránsito de la ley 1960 de 2019, estas listas tienen vigencia, y la provisión de las vacantes definitivas se están generando con la autorización de uso de listas de elegibles para empleos no convocados expedida por la CNSC el 15 de julio de 2020, conforme se relató en el acápite de los hechos y en vigencia de la ley 1960 en comento, la que le es aplicable”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. La competencia.

Este Tribunal es competente para conocer la impugnación del fallo proferido el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, de conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

A esta Sala le corresponde determinar si la decisión de primera instancia estuvo ajustada a los parámetros constitucionales y legales. Para el efecto, se analizará si se encuentra ajustada a derecho, la decisión adoptada por las accionadas de no autorizar el uso de las listas de elegibles que integran los accionantes, para proveer los cargos en vacancia definitiva o no convocados, en el área temática de gestión administrativa, en los cargos con similitud funcional, particularmente para las OPEC 58995 y 59953, sea a nivel departamental o nacional.

3. La acción de tutela: marco jurisprudencial y legal.

La acción de tutela es un mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política para brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, frente a acciones u omisiones que amenacen su garantía y que le sean imputables a cualquier autoridad pública o, en ciertos casos, a particulares.

La tutela permite acudir a las autoridades judiciales para que estas tomen las medidas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, a través de un trámite procesal sui generis, desprovisto de ritualismos, sumario y preferente.

Debido a su carácter subsidiario, este recurso de amparo solo procede como mecanismo principal de defensa cuando, a pesar de existir medios ordinarios, estos no resultan eficaces ni idóneos para proteger el derecho vulnerado o su agotamiento supone una carga procesal excesiva para quien padece su violación; en cambio, resulta procedente como mecanismo de protección transitorio, cuando el accionante se encuentra ante el riesgo de un perjuicio irremediable, evento en el cual tiene la carga de argumentar y demostrar su inminencia y, además, probar que ha realizado

acciones positivas para adelantar el mecanismo ordinario de defensa tendiente a conjurarlo definitivamente.

3.1. La procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de mérito para cargos públicos de carrera.

La jurisprudencia constitucional ha identificado las dimensiones del derecho al acceso a los cargos Públicos que entran en la órbita de protección del juez constitucional, cuando se demuestra que los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico no resultan idóneos para su protección o que la inminencia de un perjuicio irremediable torna procedente transitoriamente la protección que imparte este medio de defensa. Al respecto, la sentencia SU-339 de 2019 señala (se transcribe textual, como aparece en la providencia en cita):

“... la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”.

Además, la Corte ha establecido claramente que *“en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley”*¹.

En el presente asunto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para encausar las pretensiones de los accionantes, comoquiera que no se cuestiona la validez del concurso de méritos o las providencias proferidas en desarrollo del mismo, sino que, se alega que a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para ocupar los cargos que en la actualidad se encuentran vacantes, las entidades accionadas no han permitido que los accionantes ocupen tales cargos, porque los cargos vacantes no fueron ofertados en la convocatoria a la cual participaron.

Con base en estos supuestos, pasará a resolverse el problema jurídico planteado.

4. De la solicitud de acumulación formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda en la impugnación.

Previo a resolver de fondo el problema jurídico planteado, la Sala considera necesario pronunciarse en relación con la solicitud formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda, en el sentido de que se declare la nulidad de lo actuado en este proceso y se acumule a la acción de tutela con radicado 54001 23 33 002 2020 00105 00, la cual se tramita en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de CÚCUTA, pues, según el actor, dicha tutela guarda similitud fáctica y jurídica a las de la referencia y, fue la primera en presentarse.

En lo que tiene que ver con la acumulación de tutelas masivas, el artículo 2.2.3.1.3.1. del decreto 1834, de 2015, dispone lo siguiente:

“Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas. Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

“A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

“Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación”.

Conforme la norma en cita, la acumulación de tutelas masivas solo procede cuando las acciones de tutela persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por *“una sola y misma acción”*.

En razón de lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto no se dan los presupuestos para la acumulación de la tutela de la referencia a la del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, pues no se está alegando que la violación de derechos fundamentales tenga origen en una decisión (acción u omisión) que afecte a todos los participantes del concurso, sino que se está alegando la existencia de una vulneración a partir de la renuencia, por parte de las entidades accionadas, de proveer algunos cargos vacantes con las listas de

elegibles de las cuales hacen parte los actores, decisión que solo afecta directamente los derechos constitucionales fundamentales de los acá accionantes, a pesar de que la decisión que se adopte pueda tener un efecto reflejo en relación con los demás integrantes de la lista de elegibles.

Así las cosas, se negará la solicitud formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y se precederá a resolver de fondo las impugnaciones presentadas contra el fallo de primera instancia.

5. Análisis de la impugnación.

En el caso concreto está probado que, mediante acuerdo 201710000001116 del 24 de julio de 2017, modificado por los acuerdos 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876, de 19 de enero de 2018 y aclarado por el 20181000001006, de 8 de junio de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, en la que pasó a llamarse la Convocatoria 436 de 2017-SENA, se encontraban los siguientes:

- El empleo identificado con código OPEC 58995, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Medellín.
- El empleo identificado con código OPEC 59953, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Bucaramanga.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 58995; no obstante, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Igual situación le ocurrió a Wilson Bastos Delgado, quien participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 59953; sin embargo, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo.

En la actualidad, Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado ocupan el primer lugar en las listas de elegibles de los cargos a los cuales aspiraron y, el primero y segundo lugar, respectivamente, a nivel nacional.

Ahora bien, los accionantes solicitan en la presente acción de tutela que se ordene a las entidades accionadas autorizar la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para las vacantes que a la fecha se encuentran como "no convocadas" en el cargo de instructor en el área de Gestión Administrativa, incluyendo las listas de elegibles de las OPEC de las cuales hacen parte.

Uno de los argumentos que exponen los accionantes, es que los cargos que se encuentran como "no convocados" cumplen con los presupuestos fácticos que logran determinar la similitud funcional con los empleos inicialmente provistos (OPEC 59953 y OPEC 58995), lo que genera a su favor una expectativa legítima para acceder al cargo público de méritos.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles, puesto que los accionantes consideran que tienen una expectativa legítima de ser incluidos en la lista de elegibles que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados.

Lo primero que se advierte es que el orden contenido en el artículo 7.6 del decreto 1227 de 2005² para la provisión definitiva de los empleos de carrera fue suprimido por el decreto 1894 de 2012 y permaneció excluido en el decreto 648 de 2017, que es la reglamentación aplicable a este caso, compilada en la redacción actual del decreto 1083 de 2015 y que, además, derogó el artículo 33 del decreto 1894 de 2012, donde se establecía el deber de "*utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel*". En contraste con esto, el decreto 1894 de 2012, tras su modificación por el decreto 648 de 2017, señala en el parágrafo primero de su artículo 1 que las listas de elegibles "*sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen*

² "Artículo 7°. Modificado por el art 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

"... 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".

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”.

La reglamentación del Banco Nacional de Listas de Elegibles contenida en el acuerdo 159 de 2011 disponía en su artículo 22 que la CNSC, “*aplicando la definición de empleo equivalente*” podía autorizar a las entidades que reportaran vacantes en empleos ofertados en un concurso específico, proveerlas mediante el uso de listas de elegibles de otros empleos equivalentes, siempre que el elegible cumpliera con los requisitos del empleo a proveer y que así lo certificara la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias. Esta disposición fue derogada por el acuerdo 562 de 2016 que, en su lugar, dispuso en su artículo 25 que “*los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos por la CNSC, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 1 ° del Decreto 1894 de 2012*”, lo que nuevamente remite a la prohibición contenida en el párrafo primero de esta última normativa de usar las listas de elegibles para proveer vacantes en empleos distintos, así tengan similitud funcional. En concordancia con dicha normativa, de rango superior, es que debe interpretarse el alcance actual de los artículos 20 y 22 del acuerdo 562 de 2016.

En consecuencia, conforme la normatividad relacionada frente al uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, se puede concluir que no le asiste razón a los accionantes cuando solicitan la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para las vacantes que a la fecha se encuentran como “*no convocadas*”.

Ahora bien, otro de los argumentos expuestos por los accionantes es que, en virtud del artículo 53 de la Constitución Política³, en el presente caso debe acudir a la condición mas favorable para los accionantes, esto es, aplicar lo dispuesto en la ley 1960 de 2019, la cual permite la conformación de lista de elegibles a nivel

³ “**Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo.** La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

departamental o nacional, para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos, para este caso, las OPEC 59953 y 58995.

Al respecto, es de señalar que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, *"Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"* dispone lo siguiente:

"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".

De la lectura de la norma se colige que con las listas de elegibles que surjan de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso, es decir, de la lectura de la norma se podría concluir que le asiste razón a los accionantes cuando afirman que las vacantes "no convocadas" pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, ya sea de orden departamental o nacional, pues, la norma no hace una distinción geográfica ni temporal, en cuanto a las listas que se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

Ahora bien, el argumento de las entidades accionadas para cuestionar la aplicación de la ley 1960 de 2019 en este caso, es que el artículo 7 de dicha norma⁴ estableció que la vigencia de la ley regía a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo cual, como las listas de elegibles de las cuales hacen parte los accionantes fueron conformadas mediante las resoluciones 20182120192835, de 24 de septiembre de 2018 y 20192120011295, de 26 de febrero de 2019, no les son aplicables las disposiciones de la ley 1960 de 2019.

⁴ **"Artículo 7.** La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias".

Mediante documento denominado Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, la CNSC estableció que a las listas de elegibles que quedaron en firme con anterioridad a la vigencia de la ley 1960 de 2019, les son aplicables las reglas previstas antes de la modificación de la ley 909 de 2004 y las que se hubiesen previsto en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultractividad de la norma. Al respecto, en dicho documento se dijo lo siguiente:

“En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado para 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”.

Por su parte, los actores refieren que, en virtud del principio de retrospectividad, la ley 1960 de 2019 debe ser aplicada en este caso, pues, si bien existen unas listas de elegibles de las cuales hacen parte, no se ha consolidado ningún efecto jurídico. Al respecto, es de señalar que, en relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional⁵ ha dicho lo siguiente (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

“El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que ‘el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, ‘pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...’. De este modo,

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019.

ACCIÓN DE TUTELA
05 001 33 33 031 2020 00152 01

‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma.

Así, la retrospectividad de la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigencia) AÚN no se ha consolidado, lo cual, tal como lo exponen los accionantes, ocurre en el presente caso, comoquiera que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019 (conformación de lista de elegibles), pero de la cual, a la fecha, sus efectos jurídicos no se han consolidado, pues solo se consolidarán, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.

En el asunto de la referencia, si bien se agotaron las etapas de la convocatoria 436, de 2017 y, a la fecha, existen unas listas de elegibles que se encuentran en firme y, de las cuales hacen parte los accionantes, lo cierto es que el efecto jurídico de dichas listas se concreta de manera particular respecto de cada uno de las personas que integran las mismas solo en el momento en que se lleva a cabo su nombramiento en período de prueba, es decir, con la conformación de la lista de elegibles se crean ciertas situaciones particulares y se consolidan algunos derechos dentro del concurso de méritos, pero sus efectos jurídicos se agotan con el nombramiento, en período de prueba, en el cargo al cual aspiró el concursante.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

“Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación: (...)

“En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser

ACCIÓN DE TUTELA
05 001 33 33 031 2020 00152 01

desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado".

En ese orden de ideas, la lista de elegibles, una vez en firme, crea un derecho para el concursante que no puede ser desconocido, pero los efectos de esa lista solo se agotan, en principio y entre otros casos, cuando se produce el nombramiento en período de prueba.

Por lo anterior, mientras el concursante se halle en la lista de elegibles y esta permanezca vigente, las normas de orden legal que modifiquen la forma de proveer la vacantes tiene la virtualidad de afectar la situación de quien no ha sido nombrado, no como consecuencia de un efecto retroactivo de la ley, sino, precisamente, como consecuencia del efecto general, según el cual la ley rige hacia el futuro y se aplica a situaciones jurídicas que, a pesar de nacer en vigencia de la ley anterior, se consolidan en vigencia de la ley posterior (efecto retrospectivo), tal como lo contemplan los artículos 52 y 53 de la ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), en armonía con los artículos 38, 41, 44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1887 de cuyo contenido se deducen las reglas generales para resolver los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, así: (i) prevalencia general de la ley posterior sobre la anterior, (ii) las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, (iii) el efecto general inmediato de las leyes, (iv) la subsistencia del estado civil adquirido conforme a la ley anterior pero con arreglo a la ley posterior en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones inherentes a dicho estado, (v) la conservación de derechos reales constituidos bajo ley anterior pero con sujeción al imperio de la ley nueva en cuanto a su ejercicio, cargas y extinción, (vi) la validez de los contratos celebrados bajo ley anterior con sometimiento de sus efectos a la ley nueva, y (vii) la preferencia de la ley preexistente favorable en materia penal, entre otros⁶.

Por ende, la ultractividad y la retroactividad de la ley, por regla general, debe ser previstas por el mismo legislador, salvo en las materias en que la misma Constitución autoriza la aplicación en la ley en el tiempo en tales condiciones (por ejemplo, en materia penal, en virtud del principio favor rei).

⁶ SU 309 de 2019, citada párrafos atrás.

El artículo 6 de la ley 1960 de 2019 modificó el artículo 31 (numeral 4) de la ley 909 de 2004, en cuanto a la provisión de las vacantes.

En efecto, el artículo original de la ley 909 de 2004 (artículo 31, numeral 4) señalaba, fundamentalmente, que con las listas de elegibles elaboradas por la Comisión Nacional del servicio civil se debían proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y la ley 1960 de 2019 (artículo 6) modificó dicha norma, en el sentido de prever que con las listas de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para las cual es efectuó el concurso, sino aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

La norma del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, sin duda alguna, es aplicable, en virtud de efecto ordinario y retrospectivo la ley, a los concursos de méritos que se vienen adelantado y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se ha concretado en relación con algunos de esos participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes AÚN cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le de una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado.

En esa medida, en sentir de la Sala, les asiste razón a los demandantes, en cuanto a que, si bien la lista de elegibles genera ciertos derechos para el concursante, los efectos de esa lista no se han agotado y no se han consolidado AÚN en relación

con ellos, por lo cual es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de las vacantes que se presenten respecto de los empleos equivalentes.

De otro lado, también le asiste razón a los accionantes cuando afirman que, de no ocuparse los cargos que a la fecha se encuentran vacantes con las personas que actualmente conforman las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, con el argumento de que quienes se encuentran en la lista de elegibles optaron por cargos en ubicación geográfica distinta a la ubicación de las vacantes, se estaría contraviniendo el principio de mérito.

En lo que tiene que ver con el principio del mérito, la Corte Constitucional⁷ ha dicho (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

“El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos públicos. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes”.

Conforme lo anterior, el principio del mérito se consolida como pilar fundamental dentro de la estructura del Estado para garantizar el acceso y permanencia a la administración Pública de personal idóneo que cuente con las capacidades para ejercer las labores inherentes a los cargos Públicos, en aras de cumplir con los fines inherentes al Estado, por lo tanto, este principio debe prevalecer sobre otros parámetros al momento de seleccionar el personal para ocupar las vacantes que existan dentro de la administración pública.

En razón de lo anterior, no es de recibo lo expuesto por las entidades accionadas cuando afirman que los cargos no convocados que a la fecha se encuentran vacantes, no pueden ser ocupados por aquellas personas que se encuentren en las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, en razón a que las mismas solo pueden ocupar vacantes que se encuentren dentro del mismo municipio al cual se optó al momento de concursar.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-610, de 3 de octubre de 2017.

El anterior razonamiento iría en contravía de los principios que rigen el procedimiento de acceso a los cargos públicos, comoquiera que se estaría dando prevalencia al factor territorial sobre el principio del mérito, es decir, bajo este entendimiento, se puede presentar el supuesto en que una persona sea nombrada en un cargo vacante, a pesar de existir otra persona que haya obtenido un mejor puntaje pero que, al optar por un cargo en determinado municipio donde no existan suficientes vacantes, no pueda ser nombrado en aquél, pese a estar dispuesta a aceptar el nombramiento en otro municipio.

Aunado a lo anterior, es de señalar que con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista. No de otra forma podría darse aplicación a lo dispuesto en la citada norma.

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 y dando prevalencia al principio del mérito, se accederá a lo pretendido por los accionantes.

6.- Decisión. -

Por lo anterior, se revocará la decisión adoptada el 18 de agosto de 2020, por el Juez Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, mediante la cual se negó el amparo solicitado por los accionantes.

En consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con

los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019 (artículo 6).

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA – SALA QUINTA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A.

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: AMPÁRANSE los derechos fundamentales invocados por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ORDÉNASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

CUARTO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953.

ACCIÓN DE TUTELA
05 001 33 33 031 2020 00152 01

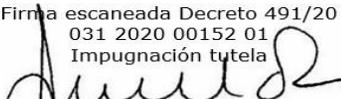
QUINTO: Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los **cinco (5) días siguientes** la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

SEXTO: Notifíquese a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y comuníquese al *a quo* lo aquí decidido.

SÉPTIMO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta Sentencia, remítase a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión. Si no fuere seleccionada, devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala, como consta en acta de la fecha.

Firma escaneada Decreto 491/20
031 2020 00152 01
Impugnación tutela

SUSANA NELLY ACOSTA PRADA

Firma escaneada, Acción de Tutela
Exp. No. 043/2020 00152, Republica, Concede

JORGE LEÓN ARANGO FRANCO

202000152 tutela revocada Concede

DANIEL MONTERO BETANCUR



SALA DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL

Radicado: 050013109027202000045 (081)
 Accionante: Diana Patricia Gómez Madrigal
 Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil
 Referencia: Tutela 2ª Instancia
 M. Ponente: Santiago Apráez Villota
 Aprobado en Acta No. 079

Medellín, julio veinticuatro (24) de dos mil veinte (2020).

Subsanada la irregularidad decretada en punto a la debida integración del contradictorio, la Sala resuelve la impugnación presentada por Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado 27 Penal del Circuito, en el cual negó por improcedente el amparo constitucional deprecado.

ANTECEDENTES

1º. Diana Patricia Gómez Madrigal expresó en su demanda que con motivo de la convocatoria No. 436 de 2017, abierta por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cargo profesional grado 1, código OPEC 57095 del SENA, se inscribió y adelantó el proceso respectivo; una vez conformada la lista de elegibles ocupó el 3er lugar, por tal razón se encuentra inscrita en el Banco Nacional de Lista de Elegibles, según resolución 20182120137185 del 17/10/2018, vigente hasta el próximo mes de octubre. Una vez ocupada la primera vacante, pasó al 2º lugar.

Mediante el decreto 552 de 2017 el SENA creó cargos a nivel profesional, por lo que solicitó ser nombrada en uno de ellos, toda vez que la lista se encuentra vigente, pero a la fecha de presentación de la tutela no ha accedido a ello.

En su sentir, la omisión de la entidad vulnera sus derechos a la igualdad, al debido proceso administrativo, trabajo, principio de buena fe y de acceso a los cargos de carrera. Solicitó, entonces, la protección de sus derechos ordenándole a las accionadas procedan a nombrarla en período de prueba en el empleo OPEC 57095 en la regional Antioquia-Chocó, en cualquiera de las posiciones internas como abogada, con nivel profesional, o en cualquier otra dependencia donde haya plaza vacante, en un cargo de igual o equivalente que se provea con la lista de elegibles en la cual ocupa el segundo lugar.

2º. El Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín asumió el conocimiento del asunto y corrió traslado de la demanda a las entidades accionadas, igualmente ordenó la publicación de la acción de tutela para los terceros con interés en la convocatoria No. 436 de 2017; el llamado fue atendido por ambas entidades, los funcionarios competentes se opusieron a la solicitud de la accionante.

Como terceros comparecieron Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez y Gina Heriberta Quejada Córdoba, quienes ocupan 2º y 4º lugar de la lista de elegibles, con los siguientes argumentos:

El SENA con el Decreto 552 de 2017 creó 900 cargos de profesional, por consiguiente tienen derecho a ser nombrados en uno de ellos.

Tanto la CNSC como el SENA vulneraron su derecho de petición, pues no respondieron con datos ciertos sobre cuantos cargos hay de los creados y de los que hayan surgido después de la convocatoria, los cuales deben ser provistos con la lista de elegibles vigente y no esperar a una nueva convocatoria para proveerlos.

Vulneran también el derecho a la igualdad, pues han transcurrido más de dieciocho (18) meses desde la convocatoria y aún no se resuelve la situación administrativa, con el agravante que la lista de elegibles vence el próximo mes de octubre.

El Sena ofertó una vacante de la cual tomó posesión quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, luego de ello surgió otra vacante más que fue creada; por tanto, tienen derecho a ser nombrados porque las mismas se encuentran provistas en provisionalidad; coadyuvan, entonces, la pretensión de la accionante.

El *a quo*, en providencia del 11 de junio último negó por improcedente el amparo.

A esa determinación llegó el funcionario, en primer lugar, por la naturaleza subsidiaria de la acción constitucional; y, en segundo lugar expresó que no existió vulneración a los derechos fundamentales de Diana Patricia Gómez Madrigal pues que se estableció que culminado el proceso de selección, la lista de elegibles solo puede usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos convocados, que no en otros distintos, cual es la pretensión de la accionante al insistir en un nombramiento en los cargos creados en el Decreto 552 de 2017, sin que además haya acreditado que dentro los 900 cargos algunos correspondan al identificado en el OPEC para su caso.

3º. La decisión fue impugnada por Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez, insistiendo que se trata de una actuación arbitraria de las entidades y mientras no sea subsanada persistirá la vulneración de sus derechos fundamentales; solicitaron, entonces, su revocatoria con los siguientes argumentos:

Refirió la primera que no siempre los mecanismos ordinarios resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales cuando se trata de concurso de méritos,

pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en cada caso concreto el funcionario judicial debe analizar la eficacia de la vía constitucional, de acuerdo a las circunstancias demostradas; conforme a lo cual, podría concederse el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como sucede en su caso, a saber que la lista de elegibles tiene vigencia hasta el mes de octubre próximo.

El sistema de provisión de cargos en la administración pública se rige por la ley 909 de 2004 y el decreto 1083 de 2015, los cuales se encontraban vigentes para la época de la convocatoria No. 436 de 2017.

De conformidad con el criterio unificado en la ley 1960 de 2019, el cual establece 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 OPEC de la respectiva convocatoria y para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos ofertados.

En sentencia del 18 de noviembre de 2019 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, inaplicó por inconstitucional el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019, proferido por la CNSC el 1º de agosto de 2019; en su criterio, entonces, debe utilizarle la lista de elegibles que aún se encuentra vigente para la provisión de los cargos vacantes.

En la circular externa No. 0001 de 2020 se dan las instrucciones para la aplicación del criterio unificado y el uso de la lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019.

La solicitud que hizo el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del Sena a la CNSC para hacer uso de la lista de elegibles deja en evidencia la vulneración de sus derechos, pues como lo informó la Secretaría General del SENA, con posterioridad a la convocatoria No.436 de 2017 se realizó un reporte de dos cargos denominados profesional, grado 1, en el área temática talento humano, en la regional Antioquia; por consiguiente, tienen mejor derecho que la persona que se encuentra en provisionalidad para ser nombrada en período de prueba en uno de los dos cargos.

No es cierto, como lo afirma la CNSC en la respuesta que brindó al juzgado, que debe esperar que el primero de la lista salga de la misma, en atención del contenido de la circular externa No. 0001 de 2020 expedida por la misma entidad y en aplicación de la ley 1960 de 2019, en tanto, aquella autoriza su nombramiento; por esa razón, debe ser objeto de investigación.

El segundo, por su parte insiste que la omisión de las accionadas constituye una trasgresión a otros derechos como el debido proceso, que no ha sido respetado en el curso de la actuación administrativa y el trabajo, pues no obstante, tiene un

derecho legítimo al ser parte de la lista de elegibles del SENA, se encuentra desempleado.

En casos como el suyo, la vía ordinaria es ineficaz para la protección que reclama, no solo por lo complejo del trámite judicial, sino porque la lista de elegibles solo tiene vigencia hasta el mes de octubre próximo, lo cual, incluso, torna procedente el amparo como mecanismo transitorio.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala establecer si debe confirmar la sentencia de primera instancia que declaró improcedente el amparo constitucional solicitado por Diana Patricia Gómez Aristizábal o si debe acceder a su pretensión, pues insiste que la Comisión Nacional del Servicio Civil y el SENA desconocieron los derechos que tiene por ser parte de la lista de elegibles, ahora ocupando el segundo lugar.

Pretende la actora que a través de la presente acción de tutela, por ser parte de la lista de elegibles que tiene vigencia hasta el mes de octubre próximo, se le nombre en período de prueba en uno de los cargos de nivel profesional, grado 1, que se encuentran vacantes o en uno equivalente de los creados a través del decreto 552 de 2017, a saber que tiene mejor derecho que quienes los desempeñan en provisionalidad; la pretensión fue coadyuvada por Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez, quien le antecede (ahora en el 1º lugar) en la lista de elegibles.

Por el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, no es la vía adecuada para debatir esta clase de conflictos; así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-315 de 1998 y reiteró en la T-319 de 2014, advirtiendo su improcedencia frente a actos administrativos que reglamentan el concurso de méritos, pero aclaró los eventos en que procede excepcionalmente:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias

concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional... ”¹.

En este caso los interesados no podrían acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir la presunta irregularidad de los actos ejecutados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el SENA con motivo de la convocatoria 436 de 2017, porque resultaría ineficaz, debido a que, para cuando se resuelva de fondo la misma, el concurso habría llegado a su fin; debiendo la Sala determinar si se torna necesaria su intervención para evitar un perjuicio irremediable originado en una violación ostensible del procedimiento que rige el concurso de méritos, del cual hizo parte la actora.

Resuelto el tema de la subsidiaridad, la Sala procede a pronunciarse de fondo sobre la procedencia del amparo constitucional deprecado.

Enseña la actuación que Diana Patricia Gómez Madrigal hace parte de la convocatoria No. 436 de 2017 para aplicar al cargo OPEC 57095, profesional grado 1 del SENA; conforme al resultado obtenido ocupó el tercer puesto en la lista de elegibles publicada el 17 de octubre de 2018, con vigencia de hasta dos (2) años.

Dicha convocatoria fue reglamentada por el acuerdo 2017000116 de 2017, modificado por los acuerdos No. 20171000000146, 2017100000156 y 201800000876; que en los párrafos 1 y 2 del artículo 10 establece las reglas del proceso de selección:

"PARÁGRAFO 1º: *Bajo su exclusiva responsabilidad, el aspirante deberá consultar los empleos a proveer mediante éste concurso de méritos, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC, registrada por el SENA, la cual se encuentra debidamente publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.*

PARÁGRAFO 2º : *La OPEC que forma parte integral del presente acuerdo, ha sido suministrada por la entidad Pública objeto de la presente Convocatoria y es de responsabilidad exclusiva de ésta, por lo que, en caso de presentarse diferencia por error de digitación, de transcripción o de omisión de palabras entre la OPEC y el Manual de Funciones y Competencias Laborales y/o demás actos administrativos que la determinaron, la OPEC se corregirá dando aplicación a lo previsto en el Artículo 45 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del presente Acuerdo, así mismo las consecuencias que se deriven de dichos errores o inexactitudes, recaerán en la entidad que reportó la OPEC".*

Así mismo, el artículo 51, inherente a la conformación de las listas de elegibles, prescribe: *"La Universidad o Institución de Educación Superior que la CNSC contrate para el efecto, consolidará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del Concurso abierto de méritos y la CNSC conformará las Listas de Elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la presente*

¹ Ver sentencia T 315 de 1998

Convocatoria, con base en la información que le ha sido suministrada, y en estricto orden de mérito”.

La accionante aplicó para el único cargo de profesional, grado 1, que fue ofertado, pero ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles, por lo que el SENA nombró a quien ocupó el primer lugar; no obstante, por las reglas preestablecidas en la convocatoria, le permite continuar en la lista de elegibles (ahora ocupando el 2º lugar) hasta su vencimiento para proveer las posibles vacantes de los empleos iguales al ofertado.

El artículo 31, numeral 4, de la ley 909 de 2004, que regía al momento de la convocatoria de la cual hace parte la accionante, consagraba lo siguiente:

"Listas de elegibles. 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 estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”.

En idénticos términos, el párrafo del artículo 56 del acuerdo No. 201700000116 de 2017, dispone:

“Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, mientras éste se encuentre vigente”.

Sin embargo; la ley 1960 de 2019 que modificó la ley 909 de 2004 trae un nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de los procesos de selección aprobadas con posterioridad a su vigencia, esto es junio 27 de 2019, el cual, en criterio de la CNSC tienen aplicación en la actualidad para la provisión de las vacantes.

El artículo 6º de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004 establece:

"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”.

Se está en presencia, entonces, de un tránsito legislativo, que modificó sustancialmente la validez y funcionalidad de las listas de elegibles, pues que esta última norma amplió el espectro de los concursantes en el sentido de poder acceder a cargos iguales o equivalentes a los ofrecidos en la convocatoria.

Esa situación, como es lógico, otorga una oportunidad para algunos e incertidumbre para otros aspirantes, que como Diana Patricia y Juan Carlos Martínez Ramírez hacen

parte de la lista de elegibles conformada con motivo de la convocatoria 436 de 2017 y candidatos a tomar posesión de un cargo público, tras el agotamiento del respectivo proceso administrativo; y que, necesariamente llevó a la Comisión Nacional del Servicio a pronunciarse en dicho sentido.

Fue así como en criterio unificado en sesión del 16 de enero de 2020 y para la aplicación de aquellas disposiciones concluyó:

"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.

"El nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes de empleos equivalentes".² (subraya fuera de texto).

Para la Sala dicha directiva, contrario a los argumentos de las accionadas, no afecta la situación de los accionantes a saber que, de acuerdo con lo acreditado, la resolución del asunto no debe plantearse en punto a la equivalencia de los cargos que se encuentran vacantes, sino a los existentes en la actualidad con la denominación PROFESIONAL, GRADO 1, CÓDIGO OPEC 57095 del SENA, los cuales se encuentran ocupados en provisionalidad.

A través del derecho de petición del 6 de marzo de 2020, Diana Patricia Gómez Madrigal, solicitó información al Coordinador de Relaciones Laborales del Sena, así:

"1. Solicito se me informe de manera clara y precisa y detallada cuantas vacantes con funciones relacionadas al cargo al cual aspire, de nivel profesional, denominación universitaria, grado 1 código OPEC 57095, se han generado después del reporte por ustedes realizado a la comisión nacional del servicio civil para el concurso de mérito ofertados en la convocatoria 436 de 2017, en la Regional Antioquia y Chocó.

Rta: Posterior a la convocatoria 436 de 2017, se realizó un reporte de dos cargos denominados profesional grado 01 con el área temática de talento humano en el despacho de la Regional Antioquia y el Centro Agro empresarial y Agrícola de la Regional Guajira, como se evidencia en el reporte generado por la CNSC. Con respecto a la Regional Chocó no se encuentran cargos reportados con este mismo perfil.

² Ver folio 106

2. *Sírvase señalar de manera clara y precisa y detallada cuales y cuántas son las provisionalidades definitivas que existen a la fecha en la Regional Antioquia y Choco.*

Rta: Una vez revisada la planta del SENA se encuentra que hay dos cargos de la denominación profesional G01 que encuentran provistos en provisionalidad en las regionales citadas en su petición. Con respecto a la Regional Antioquia se encontró uno (1) cargo en el despacho de la Regional Antioquia, que se relacionó en los puntos 1 y 2 de esta comunicación, el cual ya fue reportado a la CNSC con el área temática de talento humano.

En relación a la Regional Chocó hay uno (1) provisto en provisionalidad que fue reportado a la CNSC con un área temática diferente a la que usted participó."

Mediante la comunicación 1-2021 que Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del SENA dirigió al Director de la Carrera Administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con asunto: "*Solicitud autorización uso de lista de elegibles vacantes no reportadas en la convocatoria 436 de 2017*", se observa que aparece un cargo de profesional (Sena), grado 1, para Antioquia, OPEC 57095 - 57099.

Entonces, si esa es la realidad que emerge de la actuación, asiste la razón a los impugnantes en demandar la protección constitucional de sus derechos al debido proceso administrativo y de acceso a un cargo público, pues que al encontrarse en la actualidad en los puestos 1º y 2º en las lista de elegibles conformada para el cargo OPEC 57095 del Sena tienen el derecho a su designación en los que se encuentran vacantes conforme a las reglas del concurso y que han sido desconocidos sin fundamento legal de parte de la accionada.

Directriz que igualmente está consagrada en la circular externa No. 0001 de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 21-02-2020 bajo el siguiente tenor:

*"De conformidad con el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", el cual establece que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional 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", ofertados. (subraya fuera del texto)*

Inexplicable resulta, entonces, el proceder de las accionadas, que niegan al reconocimiento de los derechos de los concursantes, pues que si su ubicación en la lista de elegibles fue el resultado de un concurso público, están en el deber de garantizar la satisfacción del principio al mérito y de igualdad para acceder a los cargos públicos; por tanto, no puede el SENA, sin justificación legal, negarse a realizar los nombramientos en período de prueba de los interesados; en consecuencia, procedente resulta el amparo, a saber que también desconoció el

principio de confianza legítima de los aspirantes pues al estar ocupando hoy el 1º y 2º lugar en la lista de elegibles y existiendo dichas vacantes, tienen el derecho de acceder a dichos cargos.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y de acceso al empleo público de Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez en la convocatoria 436 de 2017; en consecuencia, se ordenará al Director del SENA que, en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término cinco (5) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, conforme a lo descrito en acápites anteriores, procedan a nombrarlos en los cargos de PROFESIONAL, grado 1, código OPEC 57095, en periodo de prueba, a saber que son quienes siguen en turno en lista de elegibles conformada a través de la resolución No. 20182120137185 del 17 de octubre de 2018.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, obrando como Juez Constitucional y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y de acceso al empleo público de Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez en la convocatoria 436 de 2017.

2º. Ordenar al Director del SENA que, en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia, realicen los nombramientos en periodo de prueba en los cargos, PROFESIONAL, grado 1, código OPEC 57095, de quienes siguen en turno en lista de elegibles conformada a través de la resolución No. 20182120137185 del 17 de octubre de 2018.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

Notifíquese y cúmplase.



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
JURISDICCIONALES
PARA LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA

Fecha : 05/oct./2020

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Página 1

031

GRUPC

ACCIONES DE TUTELA CIRCUITO

11847

SECUENCIA: 11847

FECHA DE REPARTO: 05/10/2020 5:14:01p. m.

REPARTIDO AL DESPACHO:

JUZGADO 31 CIVIL CTO BTA TUTELA

IDENTIFICACION:

NOMBRES:

APELLIDOS:

PARTE:

53071019

ARINEL VILLALOBOS RIVEROS

01

TUT97081

TUT97081

01

12

EN NOMBRE PROPIO

03

OBSERVACIONES:

RFPARTOHMM03

FUNCIONARIO DE REPARTO

aesparzl

REPARTOHMM03

αεσπαρζλ

v. 2.0

ΜΦΤΣ