

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente**

SENTENCIA DE TUTELA 2^{da} INSTANCIA.

Octubre, 26 de 2020.

Sentencia discutida y aprobada en sesión de la fecha, según **ACTA** ____.

RAD: 44-001-31-05-002-2020-00109-01. Acción de tutela promovida por GERMAN NICOLÁS FUENTES MINDIOLA contra COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, LORELEY SAHIRA RODELO CELEDON y otros aspirantes al empleo de carrera identificado con el código OPEC 58258.

1. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a decidir la impugnación planteada por el accionante, contra el fallo de tutela de 23 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira.

2. ANTECEDENTES

GERMAN NICOLÁS FUENTES MINDIOLA, actuando en nombre propio accionó en tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – Cnsc, Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena, Loreley Sahira Rodelo Celedon y otros aspirantes al empleo de carrera identificado con el código OPEC 58258, en procura del amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, buena fe y acceso a cargos en carrera, pretendiendo a través de la misma:

1. Que se tutelén los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, principio de buena fe y el acceso a los cargos de carrera.
2. 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, denominado Profesional, del sistema general de carrera del

SENA, en cualquiera de las posiciones internas como profesional. Lo anterior, por encontrarme inscrito en el Banco Nacional de Lista de Elegibles posición 2 para la OPEC 58258, según Resolución 20182120138655 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.

Como fundamento fáctico de la anterior pretensión, en resumen dijo:

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, convocó a concurso de méritos para proveer 3.766 empleos, con 4.973 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Convocatoria 436 de 2017 - SENA.

Se presentó a la convocatoria 436 de 2017, nivel profesional, grado 3, contador, en el área temática de direccionamiento estratégico, y superada las pruebas aplicadas en la convocatoria 436 de 2017, ocupo el puesto 2° en la lista de elegibles que tiene una vigencia de dos años.

Que así mismo, se encuentra inscrito en el Banco Nacional de Lista de Elegibles posición 2 para la OPEC 58258, según Resolución 20182120138655 del 17-10-2018, y que una vez posesionado la primera vacante, paso al puesto 1° en la lista, por la vacante que surge en el transcurso de la convocatoria, gozando de pleno derecho adquirido, para ser nombrado en período de prueba en uno de estos empleos.

Que igualmente, el SENA crea mediante el Decreto 552 de 2017, cargos en el nivel profesional, en el cual le solicito yo sea nombrado por estar en la lista de elegibles y la misma estar vigente por dos años a la fecha.

Así mismo el SENA es la entidad quien debe solicitar autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC para hacer uso de la lista de elegibles previo al pago de los derechos para tal fin, por lo que quienes están en la lista de elegibles al superar todas las etapas del concurso contamos con una legítima expectativa para ser nombrados, si se generan nuevas vacantes.

Aseveró que, las entidades accionadas Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el SENA vulneran sus derechos a la igualdad, debido proceso, principio de buena fe y principio del mérito, al no darle continuidad a la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA; para que me nombren de la lista de elegibles, en estricto orden según Resolución 20182120138655 del 17-10- 2018, con una vigencia de dos (2) años, en periodo de prueba, en los empleos de carrera administrativa que se encuentran ocupados en provisionalidad y encargo definitivo

No obstante, las dilaciones injustificadas del SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC para proceder conforme a la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019, con más de 22 meses esperando una decisión de fondo.

Finalmente, informo que se le está vulnerando los derechos a la igualdad, debido proceso, principio de buena fe y principio del mérito, al no haber sido nombrado y posesionado en periodo de prueba en los empleos que se encuentran vacantes y

ocupados en provisionalidad y/o encargo, vulnerando a su vez el derecho de sus 3 hijos, ya que dependen económicamente de él, desmejorando su educación y restringiendo el apoyo de sus actividades culturales, deportivas y extracurriculares al no poder cubrir sus necesidades del hogar.

Actuación procesal.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, admitió la acción de tutela de la referencia, procedió a vincular a todas las personas que hacen parte del registro de elegibles vigente para el empleo de carrera identificado con el código OPEC 58258.

En consonancia con lo anterior, notificó la actuación a través del correo institucional, corriéndose traslado a las partes accionadas y vinculadas para que se pronunciara respecto de los hechos consignados en el memorial de tutela.

Contestación accionado y vinculado

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, REGIONAL – LA GUAJIRA, indicó las actuaciones realizadas sobre la convocatoria a concurso de méritos No. 436 de 2017, la cual, 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 pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Sena, y así mismo, que en el artículo 4 señalo las fases del proceso; resaltando que, el ciudadanía interesado debía aceptar en su totalidad las reglas establecidas en dicha convocatoria.

Aseveró que, los aspirantes solamente podían inscribirse a un empleo público, estableciendo que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas. Previo a lo anteriormente expuesto, para el cargo objeto de tutela, se oferto una (1) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC 58258, el cual se denomina Profesional Grado 3, ubicado en la Regional Guajira.

Así mismo, que la Comisión Nacional del Servicio Civil, expidió el 1 de agosto de 2019 un criterio unificado en relación con la aplicación de las listas 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.

Por otra parte, hizo hincapié que la lista de elegibles de la cual hace parte el accionante, fue establecida mediante la resolución No. 20182120138655 del 17 de octubre de 2018, la cual quedo en firme el 25 de octubre de 2018, es decir, hace más de 22 meses a la presente acción constitucional, por lo que no se cumple el requisito de inmediatez.

De igual manera tampoco cumple con el requisito de subsidiariedad, por lo que, debe de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir los actos administrativos respectivos. Finalmente, solicitaron no tutelar los derechos invocados por cuanto no han sido vulnerados, y así mismo, declarar improcedente la acción de tutela.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, manifestó que, se opone a las pretensiones de la presente acción de tutela, como quiera que el Departamento Administrativo no es parte ni participó en la convocatoria efectuada por la CNSC para la provisión de los cargos de carrera del SENA, ni es responsable del nombramiento o exclusión de las personas que conforman las listas de elegibles producto de dicha convocatoria, ni tampoco es responsable de la conformación del banco de listas de elegibles que reclama el señor German Nicolás Fuentes Mindiola.

Por ende, el Departamento administrativo de la Función Pública no ha violado derecho fundamental ninguno del accionante, amén de que no es superior jerárquico o funcional de la CNSC ni del SENA, que ciertamente gozan de autonomía e independencia en su quehacer administrativo por virtud de lo previsto en sus normas de creación, ni ejerce el control de legalidad de la actividad administrativa de tales instituciones; es claro que el DAFP debe ser excluido de la presente contienda procesal.

Además, resulta claro que en los hechos que originan la acción de tutela promovida por el señor no intervino el Departamento Administrativo de la Función Pública, tal como se observa en el texto del escrito introductorio y de los actos del concurso, del cual es posible extractar, sin asomo de duda, que las únicas entidades públicas que se encuentra legitimada por pasiva para intervenir en el presente trámite tutelar son la CNSC y el SENA, como responsables del concurso, la conformación y uso de las listas de elegibles y la provisión de los empleados del SENA por el sistema del mérito (nombramiento en periodo de prueba), respectivamente; responsabilidades que obviamente no pueden ser compartidas ni trasladadas a otra entidad pública (art. 121 Superior), lo cual obviamente descarta de plano que el DAFP pueda inmiscuirse en el tema de la conformación de un banco de listas de elegibles deprecada por el accionante respecto de la convocatoria 436 de 2017.

Finalmente, solicitó declarar probada la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento administrativo de la función pública y, además, declarar improcedente la presente acción de tutela del señor German Nicolás Fuentes Mindiola.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, refiere, que, consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017 – SENA, el Servicio Nacional de Aprendizaje, ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 58258 Denominado Profesional, Grado 3, agotadas las fases del concurso mediante Resolución No. CNSC – 20182120138655 del 17 de octubre de 2018, se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista que cobró firmeza total el 6 de noviembre de 2018, por tanto estará vigente hasta el 5 de noviembre de 2020.

Aunado a lo anterior el glosario de la página del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), contempla las definiciones de los elementos de identificación del empleo tales como Nomenclatura, Denominación, Código, Grado, Asignación básica, Propósito y Funciones.

En cuanto a la ubicación geográfica, esta corresponde a la identificación de un lugar específico en el territorio Colombiano en el cual un servidor deberá desarrollar las funciones.

En este sentido, “mismo empleo” corresponde a un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos anteriormente, es decir denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, siendo este el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

En el marco del uso de las listas, se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales y correspondan al mismo nivel jerárquico con un grado salarial igual.

Es así como, una vez conformadas las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se genera para quienes las integran dos situaciones: i) para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en período de prueba en el empleo aspirado; y II) para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia.

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

En lo atañe al caso en concreto, realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado 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 las ofertadas 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 movilidad de la lista de Elegibles, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Así mismo, se corroboro que el señor Germán Nicolás Fuentes Mindiola ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120138655 del 17 de octubre de 2018, en consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la 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 Germán Nicolás Fuentes Mindiola, 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.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, manifestó que, le resultan completamente ajenas las acciones u omisiones desplegadas por la CNSC y el SENA en el concurso de méritos descrito. Adicional a que dentro de las funciones señaladas en el Decreto No. 4712 de 2008 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público” no existe ninguna que faculte a esta Cartera para intervenir en asuntos de competencia del SENA y de la CNSC.

Por lo anteriormente expuesto, se oponen a la prosperidad de cualquier pretensión frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, teniendo en cuenta que, no puede pronunciarse respecto de la veracidad o no de las condiciones de orden fáctico y situaciones jurídicas expuestas por el accionante, toda vez que no ha tenido ni tiene relación alguna con lo perseguido a través de la presente acción de tutela, en consecuencia, este Ministerio no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Así mismo, de los hechos que originaron la presente acción, se observa que corresponden única y exclusivamente a actuaciones del SENA en conjunto con la CNSC el proveer una solución a las peticiones del accionante, como las entidades que efectuaron las gestiones para realizar el concurso que se aduce.

PROCURADURÍA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA – REGIONAL GUAJIRA, manifestó que en lo atinente a la vinculación, en la acción se tutela no avizora con claridad el motivo por el cual el accionante refiere que las accionadas vulneran los derechos, entre otros, el de su hijo menor de edad, pues, aunque menciona que depende económicamente de él, y se desmejoraría su educación y sus actividades culturales y deportivas, podría llevar a pensar que la responsabilidad del joven son compartidas, y al parecer, cuenta con la ayuda de otro miembro de la familia. Así mismo, que obra en el expediente que el joven se encuentra activo en el sistema de salud.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con fallo de 23 de septiembre del hogaño, el *iudex a quo*, decidió negar por improcedente el amparo de los derechos invocados por el accionante, al considerar que no cumple con los requisitos de subsidiariedad, pues, al analizar los presupuestos jurisprudenciales no superados el de inmediatez y contar con otros mecanismos de defensa judicial, pudiendo acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión proferida, el accionante, impugnó sosteniendo los siguientes términos:

1. Indica que el Juez de primera instancia no entendió lo solicitado, pues, pretende se aplique la resolución 20182120138655 del 17 de octubre de 2018 y lo nombren en 1 de los 900 cargos creados con el Decreto 552 de 2017, los cuales están siendo ocupados en provisionalidad y el Sena está ocultando información y una omisión al no reportar dichos cargos a la CNCS.
2. Solicita se aplique el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que establece que se podrán cubrir las vacantes definitivas de los cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, con las listas de elegibles existentes.
3. No se ataca un acto administrativo, sino que se solicita su aplicación.
4. Considera que existe un defecto sustantivo con la decisión de primera instancia

CONSIDERACIONES

Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer y decidir de fondo la presente acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 86 Constitución Nacional y el artículo 37 Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar ¿Acertó el *iudex a quo* al declarar improcedente la acción de tutela instaurada por accionante, contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA?

La siguiente precedente horizontal se tendrá en cuenta para resolver el problema planteado:

Sentencia del 2 de junio de 2020, tutela promovida por RUTH FIDELIA BARROS IGUARÁN contra INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, radicación 44-001-31-03-002-2020-00024-02 MP Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

*Pues bien, del precedente citado, contrario a lo entendido por la Juez de instancia, quien a criterio de esta Sala de decisión realizó un análisis aislado, y parcializado del precedente en cita, obvió que claramente la Corte Constitucional señaló que la potestad de señalar que cargos de carrera de la misma naturaleza, perfil y denominación que no fueron ofertados en las convocatorias previas a la entrada en vigencia, que para este caso es la Ley 1960 del 27 de Junio de 2019, puedan ser ocupados por personas que se encuentren en el registro de elegibles, **recae exclusivamente en el legislador**, facultad que aduce también puede ser ejercida por la **“entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente 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”** y solo a partir de ese instante, la introducción de esos criterios se constituirán en una pauta de obligatoria observancia por la administración.*

Así las cosas, y como quiera que en el presente caso, no se ha dado ninguno de los dos presupuestos anteriores, pues con la expedición de la Ley 1960 de 2019, no se indicó que sus efectos regirían hacia el pasado y de otra parte la entidad convocante tampoco se ha referido en este sentido, no es factible por vía de tutela suplir las facultades del legislador, tratándose de un trámite sumario y expedito.

Caso en concreto

Descendiendo al caso concreto dígase que en virtud de la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles se conformaba en virtud de un concurso de méritos, y atendiendo a lo dispuesto en el Decreto 1894 de 2012, dichas listas solo podían ser destinadas a suplir de manera específica las vacancias definitivas que se generaran en los empleos ofertados en la convocatoria.

Ahora en su entrada en vigencia la Ley 1960 de 2019, estableció:

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.

En el presente caso se encuentra fuera de discusión pues así lo aceptan las partes que el accionante participó en el concurso de méritos objeto de debate y que en virtud de dicha convocatoria fue expedida lista de elegibles por parte de la CNSC el día 17 de octubre de 2018, en la se ubicó a la accionante en el puesto 2.

Que la CNSC expidió el criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de Junio de 2019, indicando que “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”.

Así la discusión se centra en determinar si los efectos de la Ley 1960 de 2019 son retroactivos, esto es, que si ¿pese a haberse ocupado los cargos de carrera ofertados, puedan seguirse supliendo las vacantes definitivas que surjan con posterioridad a la convocatoria con las personas que siguen en lista de elegibles?

Ahora la parte activa de la acción cita pronunciamientos de distintos tribunales del país, unos a favor de respaldar la tesis que protege por vía de tutela situaciones similares a la hoy ventilada. Advirtiéndose que entre los que respaldan la tesis a favor se encuentra el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA.

Sobre los efectos obligatorios de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, a la fecha no se advierte un pronunciamiento consolidado de las altas Cortes.

Sin embargo, este Tribunal ya se ha sentado una posición al respecto, la cual, se mantiene en el presente asunto.

Pues bien, frente al punto, se trae a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia SU 446 DE 2011, así:

“Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010 sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.

Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente 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. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles

que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.

Lo expuesto en precedencia implica que la respuesta obligada de esta Corporación al interrogante planteado en el aparte final del anterior acápite sobre si era posible utilizar el registro de elegibles que se conformó en el 2008 para proveer aquellos empleos que, por decisión del legislador, no fueron eliminados o suprimidos y, por tanto, ocupados por servidores en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación no puede ser otra que señalar que las plazas que no fueron suprimidas por decisión del legislador extraordinario, Decreto 122 de 2008, no podían ser provistas con la lista de elegibles que se conformó mediante el Acuerdo 007 de 2008 y los actos administrativos subsiguientes, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas que gobernaban las convocatorias: la relativa al número de cargos a proveer, máxime cuando ni el legislador al regular el régimen de carrera de la Fiscalía ni la entidad, al momento de establecer las pautas del concurso, previó que el registro de elegibles que se llegaré a conformar debería utilizarse para proveer las vacantes que se presentaren en su vigencia en empleos de la misma naturaleza y perfil de los ofertados.

Por tanto, la Sala no duda en afirmar que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las seis convocatorias que efectuó en 2007, porque: i) la decisión inicial del legislador de eliminar plazas determinó el número de las que se podían ofertar; ii) la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar iii) ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles debería ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados.

Sobre este particular, vale la pena señalar que el artículo 66 de la Ley 938 de 2004, en relación con el registro de elegibles señaló que con él se llenarían los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, pero no estipuló la posibilidad de su utilización para empleos no ofertados, como sí se previó para el caso de la Defensoría del Pueblo.

En consecuencia, se le imponía a la Fiscalía General de la Nación cumplir estrictamente con los términos de las convocatorias y, en cumplimiento de la regla constitucional del artículo 125, le correspondía llamar a un nuevo concurso para llenar todas aquellas plazas que por decisión del legislador extraordinario no fueron suprimidas como aquellas que posteriormente se crearon”. (Subrayado y Negritillas fuera de texto)

Pues bien, del precedente citado, concluye la sala que la Corte Constitucional señaló que la potestad de señalar que cargos de carrera de la misma naturaleza, perfil y denominación que no fueron ofertados en las convocatorias previas a la entrada en vigencia, que para este caso es la Ley 1960 del 27 de Junio de 2019, puedan ser ocupados por personas que se encuentren en el registro de elegibles, recae exclusivamente en el legislador, facultad que aduce también puede ser ejercida por la “entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente 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” y solo a partir de ese instante, la introducción de esos criterios se constituirán en una pauta de obligatoria observancia por la administración.

Así las cosas, y como quiera que, en el presente caso, no se ha dado ninguno de los dos presupuestos anteriores, pues con la expedición de la Ley 1960 de 2019, no se indicó que sus efectos regirían hacia el pasado y de otra parte la entidad convocante tampoco se ha referido en este sentido, no es factible por vía de tutela suplir las facultades del legislador, tratándose de un trámite sumario y expedito.

De otra parte, tampoco se puede aducir que se materialice para el un perjuicio irremediable por la cercanía a expirar la vigencia de la lista de elegibles, por tanto, es válido acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, solicitando la aplicación de medidas cautelares.

Igualmente se dirá que no son de recibo los argumentos esgrimidos en sede de instancia al señalar que existe una desidia por parte de la entidad accionada al no procurar el nombramiento en propiedad del actor, pues no ha de olvidarse que “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”.

Con base en lo precedente resulta claro que de un lado no existe pronunciamiento por parte de las convocantes al concurso relativo a señalar que las disposiciones de la Ley 1960 de 2019, aplicarían en el asunto sometido a consideración, pues repárese que se trata de una lista de elegibles que fue proferida en 17 de octubre de 2018.

Y es que se itera una vez más a la fecha no existe un criterio consolidado que obligue en casos como los que hoy se ventilan se deban suplir vacantes que no fueron ofertadas en los concursos previas al arribo de la Ley 1960 de 2019 con las listas de elegibles vigentes, veamos: (Concepto Departamento Administrativo de la Función Pública- 10 de junio de 2020).

“Se puede evidenciar del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que la lista de elegibles únicamente se puede utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito. Esta disposición aplica a los concursos de mérito iniciados bajo su vigencia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del citado artículo.

Con la modificación que el artículo 6º de la Ley 1960 de 2004 le introduce al numeral 4 de la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles resultado de un concurso de mérito, se podrá utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, siempre y cuando la Convocatoria se inicie en vigencia de la Ley 1960 de 2019.

Ahora bien, la Ley 1960 de 2019 tiene vigencia y es aplicable a partir de su publicación, es decir, a partir del 27 de junio de 2019, fecha en que fue publicada.

Por consiguiente en criterio de esta Dirección deberá verificarse la fecha en la que se inició la convocatoria para proveer los cargos de carrera de la Defensoría, ya que si la Convocatoria inició en fecha anterior a la expedición y vigencia de la Ley 1960

del 27 de junio de 2019, aunque haya terminado con resultados de lista de elegibles antes o después de estar vigente la mencionada Ley, no le aplicará la modificación introducida por el artículo 6º al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, caso en el cual, dicha lista de elegibles solamente será procedente utilizar para proveer los cargos objeto del respectivo proceso de selección realizado mediante la Convocatoria”. (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior refulge que la acción de tutela se tornaba improcedente y por tanto, debe conformarse la decisión de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha La Guajira, Sala de Decisión Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución.

RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el 23 de septiembre de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro de la acción de tutela de la referencia, por lo considerado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR del presente fallo a las partes intervinientes y al Juez de primera instancia por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH.
Magistrado.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO.
Magistrada.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.
Magistrado.