

Granada, Meta, 29 de septiembre de 2020

Señores:

**JUZGADOS DEL CIRCUITO - REPARTO
E.S.D.**

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: GENARO RUÍZ RÍOS
ACCIONADO: CNSC Y SENA

GENARO RUÍZ RÍOS, identificado con C.C. No 86014617 expedida en Granada, Meta, 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 Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, toda vez que, han vulnerado mis derechos Constitucionales fundamentales a la DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VÍA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA, consagrados en los artículos 1, 2, 13, 25, 29, 40 83 y 125 de la Constitución Política, con fundamento en los siguientes:

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 COMISIÓN 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 20182120147245 del 17-10-2018 para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 57672 (ubicación geográfica – municipio de Villavicencio), denominado TÉCNICO GRADO 3, donde ocupé el SEGUNDO lugar de elegibilidad con 67.92 puntos definitivos en la convocatoria; no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

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.”

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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.

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 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 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 2019, 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 regirán 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"; enténdase, 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 lista de elegibles se vence el 05 de noviembre de 2020, 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 la 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 funcionarios 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 **TÉCNICO GRADO 3**, como quiera que estoy posicionado en el primer lugar de la lista de elegibles conformada bajo la Resolución No. CNSC-20182120147245 del 17-10-2018, y a nivel nacional, 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 SÉPTIMO: En la actualidad en el SENA existen diecisiete (17) vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática **“TÉCNICO GRADO 3”**, cargo para el cual concurre, pero pese a mi alto puntaje y mi ubicación actual en la lista de elegibles (1° a nivel nacional), las entidades accionadas no me ofrecieron tales vacantes, pues según ellos, no pertenecen a la ubicación geográfica del municipio al que concursé.

DECIMO OCTAVO: Señor Juez, resulta imperioso señalar 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 **“TÉCNICO**

GRADO 3”, es uno solo y el mismo para cualquier ubicación geográfica de los centro de formación.

DECIMO NOVENO: Que el 27 de junio de 2019, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1960, Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones. Donde el artículo 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.

VIGÉSIMO: He presentado múltiples peticiones ante el SENA y ante la CNSC donde insistentemente les solicito me nombren en periodo de prueba en un cargo con similar propósito, requisitos y funciones al empleo **“TÉCNICO GRADO 3”** para el cual concursé, pero las respuestas a estas solicitudes siempre han sido las mismas, me indican que 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.

VIGÉSIMO PRIMERO: En oficio No. 20201020532491 del 15 de julio de 2020 la CNSC señaló: *“La Comisión Nacional del Servicio Civil ha recibido comunicación, radicada con el número citado en la referencia, en la cual solicita autorización de uso lista de elegibles para la provisión definitiva de ciento veinte (129) empleos ofertados en la Convocatoria Nro. 436 de 2017 – SENA en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, los cuales se enlistan a continuación:”*

(...)

“Por lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil procedió a realizar el correspondiente estudio técnico de viabilidad de uso directo de listas de elegibles, cuyo resultado se encuentra en la certificación del analista de fecha 13 de julio de 2020, previo agotamiento de los tres (3) primeros ordenes de provisión de que trata el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, tal y como lo certifica el Director de Administración de Carrera Administrativa en la misma fecha, concluyendo que:”

De lo anterior, se puede vislumbrar que las accionadas procedieron a nombrar en periodo de prueba a personas que se encuentran enlistadas ocupando una posición menor a la que yo ostento, pues, están ubicadas en segundo, tercer y cuarto lugar, cuando el suscrito se encuentra ubicado en la actualidad en el primer lugar de la lista de elegible, no solo a nivel municipal sino a nivel nacional; vulnerándose con lo anterior, mi derecho a la igualdad, y a los principios de mérito y buena fe.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Señor Juez, según información otorgada por el SENA se me informó que existen diecisiete (17) vacantes para el cargo de *“TÉCNICO GRADO 3”* identificadas con IDP 466, 6590, 1980, 7520, 92, 8774, 4633, 7666, 3945, 8907, 8932, 8931, 8944, 6373, 8873, 6793 y 7003, de las que se tiene conocimiento, existe una vacante que cumple con las mismas características, naturaleza, perfil, denominación y similitud de funciones del cargo para el que yo concursé, que es el que se encuentra identificado con el ID 8873 NUEVA OPEC 2019 – 2020 – 116750 que se encuentra ubicado en el departamento del Tolima.

B. LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA

Me encuentro legitimado 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 SEGUNDO Lugar de elegibilidad dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. **57672**, denominación **TÉCNICO GRADO 3**, 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 **TÉCNICO GRADO 3**, con los cuales presentó 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.

C. 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, 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 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 9° de la Ley 909 de 2004, tiene un periodo institucional de 4 años, el cual está corriendo desde el 7 de diciembre de 2014.”

D. 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 inaplicó 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 6° de la ley 1960 de 2019 so pretexto del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del

concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante. Con efectos inter comunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido en la sentencia T -946 de 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 fáctica 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 1° 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 ibídem 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 ultra actividad 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 iudice 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 6° que modificó el numeral 4° 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 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° 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.

E. 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.

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 párrafo 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 transcrita 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 irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 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 los 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 nombre 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 la fiscalía violó el debido proceso al no continuar con la convocatoria de la Fiscalía y los fallos son los siguientes entre otros:

F. PRECEDENTE CONTENCIOSO

Expedientes: 11001032500020130130400 (3319-2013)1

1001032500020130157700 (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 inconsulto. 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 1° 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.

G. 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 (adjunto al presente escrito).

(...)

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.

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 1° 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 pública, 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 lista 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.**

H. 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 reiterativo 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) 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.

(v) VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, artículo 29 de la Constitución Política: Con referencia 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 6° Superior, en cuanto dispone que todo servidor público responde por infringir la Constitución y la ley y por la “omisión o 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 desvían, 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.

(vii) 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.

I. 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 TÉCNICO GRADO 3, 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 meritario 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.

J. AUTORIDAD AUTORA DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La acción de Tutela que se formula va dirigida contra LA CNSC Y EL SENA ya que dentro de sus deberes y funciones según el Artículo 125 de la Constitución Nacional, está dentro de sus funciones para el presente caso, realizar los nombramientos de los cargos en carrera y el ascenso de los mismos, conforme a la Ley.

K. 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 que 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.”*

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 mí un perjuicio inminente, pues se me 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.

L. PRETENSIONES

PRIMERO. Que, se restablezcan mis derechos fundamentales a la DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, 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.

SEGUNDO: Ordenar a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y mi posesión en el cargo de **“TÉCNICO GRADO 3”** identificado con **ID 8873 NUEVA OPEC 2019 - 2020 - 116750** que se encuentra ubicado en el departamento del **TOLIMA**, del que se tiene conocimiento se encuentra y cumple con las mismas características, naturaleza, perfil, denominación y similitud de funciones del cargo para el que yo concursé. O en cualquier otro de las dieciséis (16) vacantes para el cargo de **“TÉCNICO GRADO 3”** identificadas con IDP 466, 6590, 1980, 7520, 92, 8774, 4633, 7666, 3945, 8907, 8932, 8931, 8944, 6373, 6793 y 7003 ubicadas en los departamentos de Antioquia, Boyacá, Huila, Norte de Santander, Risaralda, Santander, Tolima y Valle. 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 me presenté y actualmente encontrarme como elegible, ya que es un deber legal por parte de la CNSC Y EL SENA hacer uso de lista de elegibles.

TERCERO: ORDENAR a la CNSC y el SENA rendir un informe escrito a ese Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

CUARTO: 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 del 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.

QUINTO: VINCULAR al trámite de la presente tutela a los (las) funcionarios(as) provisionales que desempeñan los cargos de interés ofertados por la CNSC y el SENA.

M. 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 SENA de los cargos con la denominación **“TÉCNICO GRADO 3”**.
- Un informe de todas las vacantes de la Planta del SENA de los cargos con la denominación **“TÉCNICO GRADO 3”**.
- Que informe en los últimos doce (12) meses cuantos nombramientos provisionales ha realizado en la planta del SENA de los cargos con la denominación **“TÉCNICO GRADO 3”**. Lo anterior para demostrar que sí existen cargos, mismos que, tienen el deber legal de hacer uso de lista de elegibles.

N. PRUEBAS

1. Copia de la resolución de lista de elegibles No 20182120147245 del 17-10-2018 para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 57672.
2. Acuerdo No. 562 del 05 de enero de 2016, por el cual se reglamentó 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.
3. Informe de Resultados Estudio de Equivalencia y de Salarios respecto de la lista de empleos declarados desiertos para el momento de la decisión proferida por el Juzgado Veinte (20) Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela bajo radicado No. 110013103020-2019-00580-00 (acumulado al radicado 2019-0378) con efecto INTER COMUNIS, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA.
4. Oficio del 18 de mayo de 2020 emitido por el SENA en el que da respuesta a La petición con Radicado No. 7-2020-057487, y adjunta las bases de datos de los cargos declarados desiertos y los que se encuentran vacantes.
5. Oficio con radicado No. 20203200436562 del 24 de marzo de 2020, oficio con radicado No. 20203200480402 del 13 de abril de 2020, oficio con radicado No. 20203200506612 del 27 de abril de 2020, oficio con radicado No. 20203200520132 del 30 de abril de 2020 y oficio con radicado No. 20203200636812 del 11 de junio de 2020, a través de los que por parte del SENA se solicitó ante la CNSC la autorización del uso de las listas de

elegibles de empleos vacantes y desierto no reportados en la Convocatoria 436 de 2017.

6. Oficio No. 20201020532491 del 15 de julio de 2020, por medio del cual la CNSC autoriza el uso de las listas de elegibles para la provisión definitiva de 129 empleos ofertados en la convocatoria antes señalada, en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020.
7. 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.
8. Copias de las respuestas emitidas por la CNSC y el SENA (enero, febrero, marzo, abril, mayo y julio de 2020) a las múltiples peticiones realizadas respecto a mi nombramiento en periodo de prueba al cargo de **“TÉCNICO GRADO 3”**, de conformidad al derecho que me asiste por encontrarme actualmente en la primera posición en la lista de elegibles.

O. DERECHO

Como fundamento legal de la acción incoada, me permito citar al Honorable despacho 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.

P. COMPETENCIA

Es usted competente señor Juez, 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 DE CATEGORIA DEL CIRCUITO.

Q. 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.

R. NOTIFICACIONES

LAS ACCIONADAS:

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC:

Dirección: Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7 - Bogotá D.C., Email:
notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

EL SENA:

Dirección: calle 57 No 8-69 en Bogotá, Email:
servicioalciudadano@sena.edu.co

EL ACCIONANTE:

Recibo notificaciones en la Calle 45 8-03 Bulevar II, Granada Meta, Email:
gruiz89@hotmail.com, número telefónico 3143043655.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'GRU' followed by a stylized flourish.

GENARO RUIZ RÍOS
C.C. No. 86014617