



Acción de tutela	11001-31-09-048-2020-0094
Accionante	Juan Carlos Naranjo Cristancho
Accionadas	Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC- y SENA
Decisión	Fallo de primera instancia
Fecha	Miércoles 9 de diciembre de 2020.

1. ASUNTO

Resolver la acción de tutela presentada por el ciudadano **Juan Carlos Naranjo Cristancho** en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil** -en adelante CNSC- y el **Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de **igualdad, derecho de petición, 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.**

Ello, luego de subsanar la situación avizorada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, respecto de la conformación del contradictorio.

2. HECHOS

Señala el accionante que, la CNSC, expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual 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; señalándose las respectivas etapas de la convocatoria.

Añade que, producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución por medio de la cual define la lista de elegibles No 20182120186695 del 24 de diciembre de 2018, que cobra firmeza el 15 de enero de 2019, para proveer una (01) vacante de la **OPEC -Oferta Pública de Empleos de Carrera- No 59011, con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, donde se encuentra ocupando el lugar número dos de elegibilidad.

Ante lo cual dice, según el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles, razón por la cual la citada entidad 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"*, norma que regula, entre otros aspectos, lo relacionado con los cargos declarados desiertos.

Sin embargo, expresa que la precitada ley 909 de 2004, fue modificada por la ley 1960 de 2019, en cuyo artículo 6°, establece 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 la que 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. Lo que según el accionante permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirmó la CNSC en auto de enero de 2020.

Aduce que, 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 cumple porque existen solicitudes de exclusión, sin resolver.

Informa que, 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 hace claridad y fija la obligatoriedad del uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigor de la mencionada ley 1960 de junio de 2019.

Concatenado con lo anterior, manifiesta que, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de circular conjunta N° 20191000000 del 29 de julio de 2019, en el numeral 6° imparten instrucciones sobre la aplicación de la ley 1960 de 2019, sobre entrada de vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica.

Expresa que, su lista de elegibles se vence el 14 de enero de 2021, sin que se le haya dado la posibilidad del uso de esta, pese a encontrarse como elegible en la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 01, y que le daría derecho a ser nombrado en un cargo similar al que se presentó. Tampoco la CNSC y el SENA, le han realizado ofrecimiento ni nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados, en aplicación de la citada ley 909 DE 2004 y 1960 DE 2019.

Indica que, por encontrarse como elegible para un cargo en la denominación Instructor código 3010, grado 01, le da derecho a que se le nombre en cargo similar al que se presentó.

Teniendo en cuenta lo precedente, manifiesta que, en septiembre (sic) de 2020 presentó un derecho de petición ante la CNSC, solicitando su nombramiento en periodo de prueba, y en aplicación del uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados y en aplicación a la ley 1960 de 2019 para los cargos con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017. Igualmente, que con el mismo solicitó exigir del SENA información acerca del listado de elegibles con vacantes ofertadas y no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, y otra información relacionada con la planta de personal del SENA, los cargos inscritos en carrera en la CNSAC con el SENA de los diferentes niveles. Petición que expresa no ha sido objeto de pronunciamiento

Agrega que, en similar sentido y fecha acudió al SENA, solicitando su nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos, así como, extensión de información relacionada entre otros aspectos con los cargos dentro de la denominación Instructor, personal de planta existente. Entidad que reconoce, extendió respuesta, pero no completa, ni de fondo sobre lo requerido.

3. PRETENSIONES

El accionante solicita del juez de tutela, se ordene de manera principal e inmediata a la CNSC y al SENA, realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación Instructor Código 3010 GRADO 1, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, y encontrarse dentro de la lista de elegibles

4. ACTUACION PROCESAL Y RESPUESTA DE LAS ACCIONDAS.

4.1.- La Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, por medio del Asesor Jurídico expresa que, la acción de tutela resulta improcedente para cuestionar la

legalidad de actos administrativos, teniendo a su alcance los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Alega, la inexistencia de perjuicio irremediable.

Explica que, en punto de la vigencia de la ley 1960 de 2019, modificatoria de la ley 909 de 2004, y acorde con lo previsto en los artículos 52 y 53 numeral 1.º de la Ley 4 de 1913, la ley solo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, es decir, solo resulta aplicable a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida ley.

De aquella manera, anota que entonces no es procedente el uso de las listas solicitada por el accionante para la conformación de nuevas vacantes, y de hacerlo implicaría la aplicación retrospectiva de la ley porque la convocatoria 436 de 2017 -SENA-, inició con la expedición del acuerdo 20182120149475 del 17 de octubre de 2018.

Sobre la aplicación del criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, indicó que la nueva disposición (Ley 1960 de 2019), aplica a los procesos de selección aprobados por la Sala plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigor, y extensible al uso de las listas de elegibles.

Insiste en que, para el caso, no es posible aplicar la retrospectividad de la ley 1960 de 2019, porque tal fenómeno aplica para situaciones gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa; y en el caso del accionante se trata de un hecho consolidado porque las etapas del concurso de méritos ya se agotaron.

En lo relativo a la información de las novedades que impacten la conformación de las listas de elegibles, dijo que es deber de las entidades, según lo establecido en el artículo 33 del Acuerdo 562 de 2016, proferido por esta Comisión Nacional, reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que congruente con ello, el el Artículo 4 del Acuerdo 873 de 2019 erigió que la OPEC deberá mantenerse actualizada, entonces cada vez que se produzca una nueva vacante definitiva o un cambio en su información, la entidad deberá efectuar la actualización o modificación correspondiente, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ocurrencia de la novedad.

Así entonces, y en acatamiento a lo previsto por la Ley 1960 de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado sobre *“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* el cual señala, que *“(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”.*

Para lo cual dijo, se tiene como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; ante lo cual, y como lineamientos de aplicación emitió Circular Externa Nro. 0001 de 2020, donde fija el procedimiento para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la ley 1960.

Para el caso del accionante, informa que se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Instructor, Grado 1, código OPEC N° 59011, posición 2 en la lista de elegibles, adoptada con resolución 20182120186695 del 24-12-2018, para proveer una vacante en ese empleo, cuya vigencia es 14 de enero de 2021.

Explica la entidad la interpretación de lo que corresponde a mismos empleos y empleos equivalentes, así como la procedencia del uso de lista de elegibles.

Da cuenta que existe entre otros fallos de tutela, el proferido por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, dentro de la acción de tutela 2019-0053-02, instaurada por la señora Delka Velasco González en el marco de la convocatoria 436 de 2017, donde ordenó tanto a la CNSC como al SENA adelantar el respectivo procedimiento para suplir los cargos de instructor declarados desiertos, debiendo la primera remitir a la segunda la lista de elegibles vigentes para la entidad. Impone al SENA la obligación de analizar su situación y actuar de conformidad.

Para cumplimiento de la orden mencionada, informa que ha expedido el auto 0353 de 2020 15-05-2020, por medio del cual dispuso conformar las listas generales de elegibles para los empleos denominados Instructor 3010, grado 01, declarados desiertos como resultados de estudios realizados por la Dirección de Administración de carrera de la CNSC.

Advierte que la expedición se hará una vez se resuelvan todas las actuaciones administrativas de exclusión elevada por la Comisión de Personal del SENA; y desaten los recursos interpuestos por los interesados. Así como que, de lista general que está conformando harán parte los integrantes de la lista de elegibles OPEC 59011 en orden de mérito, e incluyendo las demás listas del área de conocimiento en mención.

Añade que, el accionante al ubicarse en el puesto dos de la lista de elegibles, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritosa en lista elegibles para proveer el empleo en comento, encontrándose sujeto no solo a la vigencia, sino al tránsito de las listas de elegibles, cuya movilidad dependerá de las situaciones administrativas por generación de vacantes en la entidad.

4.2.- El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Pese a haber sido notificada del presente trámite tutela; no se recibe respuesta de la citada entidad.

4.3.- Se integró al contradictorio a las personas que se encuentran ocupando en provisionalidad el cargo de Instructor, código 3010, Grado 1; igualmente, con los integrantes de las listas de elegibles emitidas para ocupar dicha plaza en el territorio nacional; así como, con quienes de conformidad con el inciso 2° del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 tenga un interés legítimo en el resultado del proceso, últimos que intervendrán como coadyuvantes bien del actor o de las demandadas.

Cuyo traslado se hizo por medio de las páginas web de las entidades CNSC y SENA. Agotado el plazo para que los interesados se pronunciaran, no se recibió comunicación al respecto.

5. CONSIDERACIONES

5.1.- Competencia. De conformidad con el Decreto 1982 de 2017 en su artículo primero numeral 2 según el cual “Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría”.

5.2.- Características de la Acción de Tutela. El artículo 86 de la Carta Política preceptúa: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad*”

Este instrumento jurídico confiado por la Carta Política a los jueces tiene como última razón, la de dotar a los ciudadanos de la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y obtener una pronta resolución para lograr uno de los principios medulares del estado de derecho, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 C. N.).

5.3.- Sobre la materia del concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos.

En la sentencia SU 011 de 2018, la Corte Constitucional señala que:

“En este orden de ideas, la Sala Plena encuentra que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que: (i) las acciones judiciales contempladas en el CPACA pueden dilatar aún más la elección de los etnoeducadores, debido a la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa y el término que contempla la legislación para resolver las pretensiones de nulidad simple y nulidad y restablecimiento de derecho; pero principalmente, los problemas planteados exceden los asuntos a resolver por estos medios de control, pues la controversia: (ii) involucra la negativa de otorgar un aval por parte de consejos comunitarios de comunidades étnicas, las cuales lo justifican en la violación del derecho a la consulta previa, luego es indudable que el problema también gira en torno al respeto de los derechos de participación y consulta previa en los asuntos que involucran a comunidades étnicas; (iii) abarca la garantía del derecho fundamental a una educación de calidad de los menores de edad que se encuentran en los centros educativos en los que no han podido posesionarse los demandantes; y (iv) la acción de tutela garantiza y protege el mérito, el derecho a la igualdad y a ocupar cargos públicos de los actores. Así, las acciones de tutela interpuestas por los demandantes son el mecanismo idóneo y eficiente para la protección de sus derechos fundamentales. Así pues, los casos abordan materias de indudable relevancia constitucional respecto a la efectividad de derechos fundamentales.

Por su parte, el artículo 40, numeral 7°, de la Constitución señala que *“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse”.*

Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad. Por el contrario, el buen éxito en la administración pública y la satisfacción del bien común dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas en las que se confía el compromiso de alcanzar las metas trazadas por la Constitución. Ello se expresa no solo en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, sino también en la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir la persona en quien recaiga la designación.

Por su parte, el artículo 125 de la Constitución establece que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.* En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

De ahí que, el ingreso a cargos públicos a través del concurso de méritos busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de

oportunidades y estabilidad en el empleo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en igual sentido ha dicho que la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, cumple propósitos importantes que guardan una estrecha relación con los valores, fundamentos y principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

La Corte señala que *la carrera administrativa le permite “(...) al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garantizan cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo (...)”*.

5.4.- La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

Sobre el tema en ST. 112 A-2014, acotó la Corte Constitucional que conforme al artículo 86 del CP, *la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

En consecuencia, al existir instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, *la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.*

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corta ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

5.5.- Caso Concreto. Mediante acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, la CNSC, convocó a un concurso abierto de méritos para los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

La anterior convocatoria se signo como 436 de 2017, y entre otros cargos, se ofertó el identificado con el código OPEC -59011, denominado instructor código 3010 grado 01, con una única vacante, así se extrae de la información que suministra la CNSC. De aquella participó el aquí accionante, habiendo ocupado el segundo puesto; por lo que ante esa posición no pudo acceder a dicho cargo.

Sin embargo, el accionante considera que, al hacer parte de una lista de elegibles tiene derecho a que se le nombre en un cargo similar para el cual se participó, de ahí que, recurra a la acción de tutela con la para que ante, la declaratoria de desierto de varios cargos con la denominación “instructor código 3010 grado 01”, y porque presentan similitud funcional con el cargo para el cual se postuló según convocatoria 436 de 2017, se ordene a la CNSC y al SENA, continuar con el uso de la lista de elegibles, ser nombrado en periodo de prueba y ser posesionado para un

empleo ofertado o no con la denominación “Instructor Código 3010, grado 01.

Gira alrededor de lo pretendido por el actor, lo relacionado con la conformación del Banco Nacional de lista de elegibles, frente a la cual tiene una expectativa legítima de hacer parte de aquella, y de esa manera ser tenido en cuenta para cubrir los cargos vacantes no convocados.

Para resolver el asunto es preciso tener en cuenta el contenido del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, “*Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*”, que dispone:

“Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Artículo 31. El proceso de selección comprende:

“1. (...)

“2 (...)

“3 (...)

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

De la lectura de la norma se colige con claridad que, con las listas de elegibles que surjan de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan aún con posterioridad a la convocatoria de concurso. Es decir, las vacantes “no convocadas” pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, si tenerse en cuenta distinción por factor territorial, pues al tenor de la cita normativa no se avizora excepción del nivel de entes territoriales respecto de listas que estuvieren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

Ahora bien, el argumento de la CNSC para cuestionar la aplicación de la ley 1960 de 2019 en este caso, es que el artículo 7 de dicha norma¹ estableció la vigencia de la ley a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo cual, como las lista de elegibles de la cual hace parte el accionante fue conformada mediante la resolución 20182120186695 del 17 de octubre de 2018, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, no son aplicables las disposiciones porque sería una *aplicación de la ley de manera retrospectiva*.

Precisamente, en virtud del principio de retrospectividad, la ley 1960 de 2019 debe ser aplicada al caso presente, pues, si bien existe una lista de elegible de la cual hace parte el actor, no se ha consolidado ningún efecto jurídico. Al respecto, es de señalar que, en relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional² ha dicho:

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

¹ Artículo 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias

² Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019.

De aquella manera, la retrospectividad de la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigor) aún no se ha consolidado.

Y es lo que ocurre en éste caso, como quiera que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, que no es otra que, la conformación de lista de elegibles, pero de la cual, a la fecha, sus efectos jurídicos no se han solidificado, pues solo se hace, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.

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

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

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

Precisamente, la H. Corte Constitucional se ha pronunciado sobre “Los fenómenos de aplicación de la ley en el tiempo”³. Por ende, la ultractividad y la retroactividad de la ley, por regla general, debe ser previstas por el mismo legislador, salvo en las materias en que la misma Constitución autoriza la aplicación en la ley en el tiempo en tales condiciones (por ejemplo, en materia penal, en virtud del principio favor rei).

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

³ SU 309 de 2019. Corte Constitucional.

de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para la cual se 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, 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.*

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en S.T. 112 A-2014, indicó:

“Por otra parte, 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. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.

*El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. **En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador”.***

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo”. Negrillas del juzgado.

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 -hacia el futuro- a la citada ley, en virtud de la libertad de configuración legislativa, lo hubiese señalado expresamente al indicar que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se aplican solamente para los concursos que inicien 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 todavía no se han consolidado.

En esa medida, se considera que, le asiste razón al actor, 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 hasta el momento en relación con el accionante, 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 no ocuparse los cargos que a la fecha se encuentran vacantes con las personas que conforman las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, con el

argumento de que quienes se encuentran en la lista optaron por cargos en ubicación geográfica distinta al lugar de las vacantes, se estaría contraviniendo el principio de mérito.

En punto del principio del mérito, la Corte Constitucional ⁴ sostiene:

“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”.

Bajo la precitada postura, 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, con capacidades evaluadas para ejercer las labores inherentes a los cargos Públicos, en aras de cumplir con los fines inherentes al Estado, y es por ello que ese principio debe prevalecer sobre otros parámetros al momento de seleccionar el personal para ocupar las vacantes que existan dentro de la administración pública.

En tal sentido, no es de recibo lo aducido por la accionada CNSC cuando afirma 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 tanto conforme con lo expuesto, con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar las listas de elegibles con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes.

Entonces, conforme con lo consagrado en la ley 1960 de 2019, y la prevalencia que la misma Corte Constitucional otorga al principio del mérito, se protegerá al actor **LOS DERECHOS DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, DERECHO DE IGUALDAD, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS FUNCIONES PÚBLICAS**, vulnerados por las accionadas CNSC y el SENA.

Para materializar esa protección, se ordenará a las accionadas adelantar el trámite respectivo en punto a suplir los cargos de “Instructor”. Para el efecto, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, aquellas deben efectuar el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, respecto de los empleos relacionados con la OPEC 59011, correspondiente a la que concursó el accionante.

Agotado lo anterior, y de haber lugar, dentro de los cinco (5) días siguientes, las accionadas CNSC y SENA, realizarán la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59011, como lo dispone el artículo 6° de la ley 1960 de 2019.

Cumplido lo que antecede, y previo análisis del cumplimiento de los requisitos mínimos determinados, dentro de los cinco (5) días siguientes, se deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, atendiendo el orden de la lista de elegibles que se conforme para tal efecto.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-610, de 3 de octubre de 2017.

De otro lado, como se observa, y así lo hace saber el accionante, que las listas de elegibles se encuentran próximas a vencerse, sólo en el evento de que al accionante le asista derecho preferencial a ser nombrado en las OPEC que resulte equivalentes a la que resulto elegible, se suspenderá los efectos de la prescripción de la lista de elegibles de las OPEC equivalentes, hasta el cumplimiento a cabalidad de la presente providencia. Lo anterior, teniendo en cuenta que el amparo constitucional se está elevando en vigencia de la lista en la que se encuentra elegible el actor⁵.

Sobre la alegada vulneración al derecho de petición por parte de las accionadas, se observa que frente a la presentada al SENA no se precisa fecha de radicación, solo se menciona el mes de septiembre de 2020. Sin embargo, es el mismo actor quien aporta una respuesta extendida por esa entidad con envío del 1° de octubre de 2020. De tal manera y sin que el peticionario hubiere ofrecido otro dato para determinar si el pronunciamiento corresponde o no a la que señala como no resuelta, es imposible cargar al SENA violación al derecho de petición.

Ahora, la que se aduce presentada ante la CNSC; igual que, la anterior, solo se indica mes de septiembre 2020, por lo que, desconociéndose fecha de presentación, impide contabilizar términos transcurridos a fin de determinar si ha transcurrido el término legal que la entidad tiene para pronunciarse. Pues debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Decreto 421 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la emergencia económica, sanitaria y ecológica, se amplió a treinta (30) día el plazo para efectos de resolver peticiones de información.

En consecuencia, no se tutelaré el derecho de petición reclamado.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita **Juez Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá DC.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

Primero: CONCEDER La acción de tutela al accionante **Juan Carlos Naranjo Cristancho**, para proteger los derechos fundamentales del trabajo, debido proceso administrativo, y acceso a cargos y funciones públicas, de conformidad con las consideraciones expuestas.

Segundo: En consecuencia, **SE ORDENA** a las accionadas Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- dentro del término de diez (10) días siguientes al conocimiento de la presente decisión, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, respecto de los empleos relacionados con la OPEC 59011, correspondiente a la que concursó el accionante.

Agotado lo anterior, y de haber lugar, dentro de los cinco (5) días siguientes, las accionadas CNSC y SENA, efectuarán la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59011, como lo dispone el artículo 6° de la ley 1960 de 2019.

Cumplido lo que antecede, y previo análisis del cumplimiento de los requisitos

⁵ S.T. 112 A-2014, CC

mínimos determinados, dentro de los cinco (5) días siguientes, se deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, atendiendo el orden de la lista de elegibles que se conforme para tal efecto.

Tercero: ADVERTIR al accionante que, el amparo no implica de hecho el nombramiento en período de prueba, que deprecia dentro de sus pretensiones, pues dependerá finalmente del estudio que adelante 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. De no resultar favorecido con el estudio a realizar, debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a fin de demandar la legalidad de este.

Cuarto: No tutelar el derecho de petición al no observarse vulneración alguna, teniendo en cuenta lo expuesto al respecto.

Quinto: NOTIFICAR por el medio más expedito el presente fallo a las partes, conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y 5 del Decreto 306 de 1992. **INFORMAR** a las partes que contra la decisión procede **impugnación**.

Sexto: De no impugnarse, remítase la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, acorde con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



**LILYAN BASTIDAS HUERTAS
JUEZ**