

**JUZGADO CUARENTA Y SEIS (46) PENAL DEL CIRCUITO CON
FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**

Bogotá D.C. Diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

A.T. 2021-004

ACCIONANTE: WALTER YHOVANY MONTOYA BENÍTEZ
C.C. 98606682

ACCIONADA: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRAS

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. Subsanado el yerro decretado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en auto datado el 3 de marzo inmediatamente anterior, se procede a fallar la acción de tutela instaurada por el señor WALTER YHOVANY MONTOYA BENITEZ, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, éste último a quien se vinculara en cumplimiento a lo dispuesto por el superior de la instancia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la **Igualdad, Debido Proceso, Acceso a los Cargos de Carrera, Principio de la Confianza Legítima y Buena Fe, Seguridad Jurídica y el Principio de la Inescindibilidad de la Norma respecto a la Ley 1960 de 2019**, trámite al que oficiosamente se **vinculó** a las personas que hacen parte de la lista elegibles del **empleo de carrera No. 58304**, denominación **INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA-**, ofertado en la **Convocatoria No. 436 de 2017-SENA-** y a los funcionarios provisionales que desempeñan los cargos de interés ofertados de la CNSC y el SENA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Informa el demandante que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, 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-.

2.2. 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 Período de prueba.

2.3. Señala el demandante que concursó para el empleo de la Oferta Pública de Empleos No. **58304** denominación **INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, entidad SENA**, y superó todas las etapas de la **Convocatoria 436 de 2017**, ocupando el SÉPTIMO lugar de elegibilidad en la lista de elegibles, conformada mediante **Resolución 20182120186895 del 24 de diciembre de 2018**, para proveer cuatro (04) vacantes.

2.4. Precisa 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, por lo cual, 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.

2.5. La CNSC expidió el **acuerdo 562 de 2016** *"Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"*, hace referencia a todo lo que tiene que ver con el Banco Nacional de lista de elegibles y los cargos declarados desiertos.

2.6. Resalta que el 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960, por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, el artículo 6° quedará 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". 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

2.7. Refiere que el **SENA**, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 declaró desierto varios cargos con la denominación **INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1**, con los cuales presenta similitud funcional, con el cargo al que cursó y se encuentra como elegible; por lo tanto, las accionadas deben continuar con el debido proceso haciendo y solicitando uso de lista de elegibles.

2.8. El **16 de enero de 2020**, la CNSC expidió el **CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"** donde deja claro 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.

2.9. Señala que la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la **Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio de 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 selección a los que aplica, cuya parte pertinente describe.

2.10. Considera el accionante que, este criterio Unificado es inconstitucional ya que viola el artículo 125 de la CN, al no respetar el estricto orden de mérito, además que le da potestad al SENA, de cambiar los perfiles de los empleos e incluso trasladarlos a otras regiones, donde no hay Elegibles, teniendo en cuenta que, la planta del SENA es global y flexible.

2.11. El SENA el 17 de junio de 2020 expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones Profesional, Instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, con las que, a su criterio no cuentan con listas de elegibles con las cuales se pueda hacer Uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y con las que pretenden hacer un concurso mixto yendo en contra del principio de economía y austeridad, dentro de las cuales existen cargos similares al cual concursó.

2.12. Precisa que la CNSC, cambió el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020, donde después que la entidad analizó el uso de lista de elegibles, aprobó su USO con empleos equivalentes, sin embargo, dice que en su caso el SENA y la CNSC, pretenden aplicarle solamente el mismo empleo, yendo en contravía del DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ya que para que en las respuestas a los derechos de petición por parte de la CNSC y del SENA no tuvo en cuenta este nuevo criterio respecto al Uso de lista de elegibles con los empleos equivalentes que no fueron ofertados.

2.13. Precisa que en ningún momento la CNSC y el SENA, le realizaron el ofrecimiento ni nombramiento en período de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados dándole aplicación a la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

2.14. Teniendo en cuenta que, la lista de elegibles de la que hace parte, **vence el 14 de enero de 2021**, solicita se estudie su caso y se ordene 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.

2.15. Señala que teniendo en cuenta el tiempo que falta para que se venza la lista de elegibles, realizó seguimiento con otros elegibles a la página de la CNSC, donde se publican autos de cumplimiento y acciones constitucionales solicitando el nombramiento y posesión en período de prueba en algún cargo declarado desierto o no ofertado para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019,

evidenciando que, todas las repuestas que han dado tanto la CNSC y el SENA, referente a la aplicación de la ley 1960 de 2019 y al USO de lista con el Banco Nacional de lista de elegibles, han sido de forma TIPO, es decir, con plantilla respuestas masivas, para todos los petitionarios, cuyo contenido inserta.

2.16. Menciona que el SENA, tiene bastantes cargos con la denominación de INSTRUCTOR 1, que no fueron ofertados y con los que tiene el deber legal de hacer uso de lista de elegibles, dando aplicación a la ley 1960 de 2019, por lo cual solicita ordenar al SENA hacer uso de lista de elegibles sin tener en cuenta el criterio Unificado de enero de 2020 respecto al mismo empleo y posición geográfica, si no aplicar lo de similitud funcional y el estricto orden de mérito.

2.17. En sustento de lo anterior, trae a colación aparte de reciente pronunciamiento, así:

2.17.1. La H. Corte Constitucional en sentencia T- 340 de 2020, al resolver un caso análogo y haciendo referencia al criterio unificado citado, estableció: *“con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, **para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.**”*

2.18. Señala que existen por lo menos 18 fallos de Tutela de sentencias de segunda instancia de tribunales de diferentes especialidades que han apoyado la aplicación con **efecto retrospectivo** de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF y la CNSC, las cuales relaciona, y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020.

2.19. Indica que la CNSC y el SENA, no respetaron las etapas de la convocatoria mencionada, impidiendo el acceso a un cargo público, tras

haber concursado, superado todas las etapas del concurso y estar en la lista de elegibles, al existir cargos DESIERTOS Y NO OFERTADOS en la entidad para la cual concursó en una convocatoria pública de méritos, en atención al artículo 125 de la Constitución Política.

2.20. Reclama se amparen sus derechos fundamentales en sede de tutela, por cuanto 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, para lo cual trae a colación aparte jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción de tutela en concursos públicos y contra actos administrativos.

2.21. Como fundamentos de derecho trae a mención la siguiente normativa:

2.21.1. El Artículo 6 y 7 de la ley 1960 de 2019, prevé: *“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”*.

2.21.2. Ley 909 de 2004

2.21.3. Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes, que señala:

Empleos equivalentes. *Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.*

2.21.4. Así mismo, el Decreto 815 de 2018, Sentencia T 340 de 2020, Criterio unificado del 22 de septiembre de 2020 emitido por la CNSC, al igual que pronunciamientos proferidos en distintas acciones constitucionales con ocasión de la **Convocatoria 436 de 2017**.

III. PRETENSIONES

3.1. Por los hechos narrados, solicita el accionante se amparen sus derechos fundamentales a la **Igualdad, Debido Proceso, Acceso a los Cargos de Carrera, Principio de la Confianza Legítima y Buena Fe, Seguridad Jurídica y el Principio de la Inescendibilidad de la Norma respecto a la Ley 1960 de 2019.**

3.2. Consecuente a ello, solicita se ordene en un término perentorio a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC- y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, verifique en la planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo identificado con el código **OPEC No 58304 denominado INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, al cual concursó, o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos por las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004

3.3. Acto seguido, de hallarlos, dentro de las 48 horas siguientes a la realización de lo anterior, solicitar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles. Para tal efecto, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA deberá adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar el uso de la lista de elegibles.

3.4. Ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud de la lista de elegibles por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, provea con las listas de elegibles los empleos equivalentes a **la OPEC 58304** con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio o, aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos por las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto

apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015.

3.5. Ordenar al SENA que, dentro de las 48 horas siguientes, expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, el cual enviará dentro de las 48 horas siguientes a la CNSC, quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

3.6. Adelantar el estudio de equivalencias al accionante, atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO *“USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES”* con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020

3.7. Ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL elaborar la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los tres (3) días siguientes al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, para que efectúe el nombramiento del aspirante- accionante, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse.

3.8. ORDENAR suspender la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se dé total cumplimiento al fallo de tutela.

3.9. DISPONER que el fallo tiene efectos Intercomunis con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de los demás concursantes.

IV. DE LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS CON LA DEMANDA

Se allega como soporte del escrito de demanda el siguiente documental:

4.1. Copia de la resolución de lista de elegibles del cargo para el cual concursó en la convocatoria 436 de 2017.

4.2. Fallo de tutela del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA PENAL**, Magistrado Ponente Dr. **JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS**, radicado No 202000254-01, Accionante **FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA**.

4.3. Fallo de tutela del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA PENAL**, Magistrado Ponente Dr. **JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS**, radicado No 202000154-01, Accionante **CÉSAR AUGUSTO SERRANO RODRÍGUEZ**.

4.4. Fallo de tutela del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA PENAL**, Magistrado Ponente **DR. LEONEL ROGELES MORENO**, radicado No. 1001-31-09-018-2020-00143 Accionante **HENRY FRANCO LONDOÑO**.

4.5. Fallo de tutela del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA PENAL**, Magistrado Ponente Dr. **JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE**, radicado No 110013109056202000146 01, Accionante **DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ**.

4.6. Fallo de tutela del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PARA ADOLESCENTES** Magistrado Ponente Dr. **JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE**, radicado No. **11001311805202000113 01**, Accionante **OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ**.

4.7. Fallo de tutela del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN E**, Magistrada Ponente Dra. **PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**, radicado No. 110013336031-2020-00224-01 Accionante **NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ**.

4.8. Fallo de tutela del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, Magistrada ponente Dra. **LIANA AIDA LIZARAZO VACA**, radicado No. 680013333007-2020-00114-01, Accionante: **ESTEFANÍA LÓPEZ ESPINOSA**.

4.9. Fallo **TUTELA ACUMULADA) TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA QUINTA – MIXTA FALLO (05001 33 33 031 2020 00152**

01 acumulado con el radicado 05001 33 33 031 2020 00054 01), Accionantes GUSTAVO ADOLFO PINEDA PINEDA y WILSON BASTOS DELGADO

4.10. Fallo de tutela del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN No. 6**, Magistrado Ponente Dr. FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS, radicado No. 15238 3333 003 2020 00081 01 Accionante LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO.

4.11. Criterio unificado del 22 de septiembre de 2020 publicado en octubre de 2020 donde se aprobó el USO DE LISTA DE ELEGIBLES con empleos equivalentes.

V. ACTUACIÓN POSTERIOR

5.1. Mediante auto del 18 de enero de 2020, se AVOCÓ el conocimiento de la acción de tutela promovida en contra de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIOS y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE; así mismo, en aras a integrar el contradictorio en debida forma y por tener interés en el presente asunto, se VINCULÓ a las personas que hacen parte de la lista elegibles del **empleo de carrera No. 58304**, denominación **INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-**, ofertado en la **Convocatoria No. 436 de 2017-SENA-** y a los funcionarios provisionales que desempeñan los cargos de interés ofertados de la CNSC y el SENA.

Igualmente, en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Penal, se VINCULÓ al presente trámite al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

5.2. En tal virtud se CORRIÓ traslado del libelo demandatorio y sus anexos a las entidades llamadas por pasiva, al igual que se solicitó a la CNSC publicar en la página web la admisión de la presente acción de tutela junto con el escrito de demanda, ello en garantía del derecho de defensa y contradicción, para lo cual se concedió un término de cuarenta y ocho (48) horas.

VI. DE LA RESPUESTA

6.1. El **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**, allegó respuesta que señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, aperturó la **Convocatoria 436 de 2017**, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, a la cual todas las personas interesadas se inscribieron a través de la plataforma SIMO.

6.1.1. La citada convocatoria se realizó a través del **Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017**, el cual señala las reglas del concurso para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

6.1.2. Agotadas todas las etapas del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la **Resolución No CNSC – 20182120186895 del 24 de diciembre de 2018**, conformó la lista de elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo de carrera administrativa identificado con el **código OPEC No. 58304 denominado Instructor Código 3010, Grado 01, del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-**, con el propósito, funciones y requisitos establecidos en la convocatoria referida y en el manual específico de funciones de la entidad

6.1.3. De conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó inicialmente con Doce (12) ciudadanos, encontrándose entre ellos el accionante en el **séptimo (7) puesto**, con un puntaje de 76,75.8.

6.1.4. El **15 de enero de 2019**, se publicó la firmeza de los primeros lugares en orden de mérito de la lista de elegibles.

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

6.1.6. De conformidad con la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, según lo establecido en el **artículo 58 del Acuerdo No 20171000000116 de 2017**, en concordancia con lo estipulado por el **numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004**, por lo que en el evento en que las personas que ocuparon los primeros lugares, no superen el período de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos el elegible en estricto orden de mérito de manera descendente.

6.1.7. De conformidad con el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaborada como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

6.1.8. Sobre esta disposición la Comisión Nacional del Servicio Civil, en concepto del 15 de marzo de 2019, entidad que de conformidad con el 130 de la Constitución Nacional, es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción hecha de las que tenga carácter especial, consideró: *“Bajo este marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), situación en la que se encontrarían las Listas de Elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No 436 de 2017 –SENA. En este orden, se precisa que la lista de Elegibles se conforma por empleo por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en período de prueba, no reagrupa o integra lista de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas (...)”*

6.1.9. Con relación a la provisión de los cargos cuyo concurso fue declarado desierto, la CNSC en comunicación No 20191020121341 del 12 de marzo de 2019, se pronunció en los siguientes términos:

“(...) Por lo tanto, el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito, ni los empleos declarados desiertos y en consecuencia, si Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones en la lista de elegibles para proveer el empleo (...) ofertado en la Convocatoria No 436 de 2017-SENA , se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista (...)”En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superen todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritatoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.”

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

“Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convenio. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para la lista de elegibles. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicables a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijado por la ley ampliamente mencionada.”

6.1.11. En el caso concreto, la lista de elegibles de la cual hace parte el accionante, se conformó mediante la **Resolución No. CNSC - 20182120186895 del 24 de diciembre de 2018**, la cual quedó en firme el **15 de enero de 2019**, (Sistema BNLE), es decir, hace Veinticuatro (24) meses y seis (6) días, aproximadamente, a la presentación de la presente acción constitucional, por lo que se considera no se cumple el requisito de inmediatez. Además, es preciso tener en cuenta que la fecha de vencimiento de la lista de elegibles que nos ocupa, data del **14 de enero del 2021**.

6.1.12. Señala que el accionante tiene otros medios de defensa judicial para cuestionar las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, que no es otro que la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyo interior cuenta con la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales.

6.1.13. Refiere que pese a que el accionante invoca la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, no solicitó una protección transitoria y tampoco acreditó la concurrencia de perjuicio irremediable que demande la pronta intervención del juez constitucional.

6.1.14. Señala que no concurren los presupuestos fácticos que permitan inferir la afectación de los derechos fundamentales invocados por el accionante, en el entendido que éste concursó para el empleo OPEC No. 58304, ocupando el séptimo (7) lugar en la lista de elegibles, razón por la cual no obtuvo el empleo, como quiera que las personas que ocuparon los primeros puestos fueron nombradas en el cargo ofertado bajo dicho código OPEC, además que la lista de elegibles ya no está vigente.

6.1.15. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, corresponde a dicha entidad aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017, que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes.

6.1.16. Señala que el 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 de 2019, estableciendo en su artículo 6 que modificaría el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedando de la siguiente forma: *“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.”*

6.1.17. Igualmente, el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, estableció que esta ley entraría a regir a partir de su publicación, hecho que acaeció con la publicación realizada en el **Diario Oficial No 50997 del 27 de junio de 2019**, por lo que conforme lo delineó la Comisión Nacional del Servicio Civil en criterio unificado del 16 de enero de 2020, la Ley 909 de 2004, sin modificaciones sigue produciendo efectos jurídicos frente a los procesos adelantados de manera previa a la promulgación de la Ley 1960 de 2019, en aplicación del principio de Ultraactividad de la Ley. El concurso que adelantó el SENA con la convocatoria 436 de 2017, se surtió de manera previa a la expedición de la Ley 1960 de 2019, por lo que no son aplicables sus disposiciones.

6.1.18. En tal virtud, al haberse consolidado la convocatoria 436 de 2017, y teniendo sus listas de elegibles en firme, no le es aplicable la Ley 1960 de 2019 y, argumentar que los mismos no lo están frente a los que no ocuparon una posición para ocupar una plaza o vacante, es desconocer el principio de Inescindibilidad de la norma, conforme al cual en palabras de la Corte Constitucional: *“las disposiciones deben aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”* (T-832^a de 2013).

6.1.19. Así las cosas, con relación a la petición del accionante, informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC, de las vacantes definitivas pendientes de provisión por mérito y frente a las cuales se solicitó el uso de listas, SE CONSTATÓ QUE NO EXISTEN VACANTES que correspondan al mismo empleo OPEC No. 58304, el cual se denomina Instructor Grado 01, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, con el propósito, funciones y requisitos establecidos en la convocatoria referida y en el manual específico de funciones de la entidad. Al mismo tiempo aclara que la denominación INSTRUCTOR GRADO 01, solo aplica al cargo cuando está vacante, por cuanto, una vez se provee de cualquier forma, se procede a la evaluación de la Hoja de Vida del designado, conforme el Sistema Salarial de Evaluación por Méritos de los Instructores (SSEMI) del SENA y se le asigna el grado específico según la experiencia, estudio y capacitación en el Núcleo Básico del Conocimiento (NBC) que corresponda.

6.1.20. En caso que llegaren a existir vacantes donde el accionante se encuentre en el primer lugar de mérito para ser vinculado, será oportunamente informado (*salvo que la lista de elegibles de la cual haga parte se encuentre vencida u agotada, según el mérito*). Lo anterior, sin perjuicio de la verificación del cumplimiento de requisitos para desempeñar el cargo que debe realizar la entidad en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017.

6.1.21. En este orden, se tiene que el accionante, se postuló al empleo con código OPEC 58304, ocupando el séptimo (7) lugar en la lista de elegibles, razón por la cual, no obtuvo el empleo, como quiera que las personas que ocuparon los primeros lugares fueron nombrados y posesionados en el cargo ofertado bajo dicho código OPEC, por lo que atender las pretensiones del accionante de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado Instructor Grado 1, del SENA, desconocería las reglas de concurso señaladas en la convocatoria, además que no tendría validez teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un Núcleo Básico de Conocimiento diferente y una experiencia específica, a la par, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo códigos OPEC diferentes.

6.1.22. Por lo anterior, reclama la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela, por no existir conculcación a las prerrogativas invocadas.

6.2. A su turno, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, señala que el accionante pretende a través de tutela acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no ganaron en mérito, lo que implicaría el desconocimiento no sólo de las reglas del proceso de selección sino la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.

6.2.1. Refiere que frente a idénticas pretensiones del aquí tutelante ya se profirió fallo por el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, dentro acción de tutela promovida por Graciela Pulido León, radicada bajo el No.

110013335012202000315-00, otorgando efecto inter comunis a la orden judicial, que ampara a todos los participantes de la Convocatoria SENA, razón por la cual cualquier orden adicional a ésta resultaría inane, dado que lo pretendido por los accionantes ya fue concedido mediante el fallo de 30 de noviembre de 2020, el cual allega.

6.2.2. Así mismo, reclama la improcedencia del amparo constitucional, por subsidiariedad e inexistencia de perjuicio irremediable al advertir que la inconformidad del accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

6.2.3. El accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama, no existe perjuicio irremediable en relación con la controversia de las normas que rigen el concurso de méritos y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que regula la aplicación de la Ley 1960 de 2020 frente al uso de listas, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

6.2.4. Seguidamente trae a mención aparte de decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, que declaró improcedente la acción de tutela en asunto de idénticas características, frente a la procedencia de la tutela sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 respecto al uso de listas de elegibles, lo que evidencia la improcedencia de la acción en el presente caso, pues como bien lo argumentó el Tribunal, la pretensión del accionante solo puede ser resuelta en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en donde

“puede solicitar la adopción de medidas cautelares necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, ya que no demuestra el perjuicio irremediable ni sumariamente para la presente acción de tutela.

6.2.5. En cuanto hace a la vigencia de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 *“Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”*, precisa que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

6.2.6. La aplicación *“retrospectiva”* de la Ley 1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiéndose por esta, su inserción en el Diario Oficial.

6.2.7. Bajo ese entendido, el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que esta *“rige a partir de su publicación”*, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

6.2.8. Así las cosas, como no se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Si el legislador hubiese

querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad.

6.2.9. Es claro que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede *“frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”*, situación que no se da en el sub júdice, por estar frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 436 de 2017 –SENA ya se encuentran agotadas. Es importante señalar que en cumplimiento a la mencionando norma, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP, a través de Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio de 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 selección a los que aplica, así: Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

6.2.10. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los *“mismos empleos”* entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica

y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC. Ante lo expuesto, se tiene que las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los *"mismos empleos"*.

6.2.11. En relación con la **Aplicación del Criterio Unificado** del 16 de enero de 2020, puntualiza que entre las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la administración de la carrera administrativa, y que están establecidas en la Ley 909 de 2004, se encuentran las de *"h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;"* y *k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa"*, razón por la cual, en virtud de sus facultades, la Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019. Lo anterior, debido a que la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, modificó algunas disposiciones de la Ley 909 de 2004, como es el numeral 4 del artículo 31, el cual describe.

6.2.12. Las instrucciones comprendidas en la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio de 2019 y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, se expidieron, no sólo en el marco de competencias asignado por la Constitución y la Ley a la CNSC, sino también con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019 y aquellos que iban a ser adelantados con posterioridad a la misma, es así, que, frente al uso de las listas de elegibles, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, planteó dos problemas jurídicos que se suscitaron frente cual era el régimen aplicable en los siguientes escenarios:

6.2.12.1. A las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 960 de 2019.

6.2.12.2. A las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma Ley 960 de 2019.

6.2.12.3. Frente al primer problema jurídico, dispuso entre otras cosas: *Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.*

6.2.12.4. Frente al segundo problema jurídico planteó lo siguiente: *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.

6.2.13. Así las cosas, las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria No. 436 de 2017 –SENA, pueden ser usadas durante su vigencia para proveer "*mismos empleos*" que surjan con posterioridad en la planta de personal de la entidad, y no para empleos creados con posterioridad y equivalentes, como pretende el accionante, en la medida que demanda por parte de las entidades, (CNSC y SENA) una actuación no prevista en el marco del proceso de selección.

6.2.14. No resulta procedente autorizar el uso de la lista de elegibles bajo el concepto de "empleos equivalentes" existentes en la planta de personal del SENA, pues tal situación desconocería que la CNSC cuando autoriza un uso de listas de elegibles, debe ajustarse a los criterios definidos por la ley vigente que reglamentó el concurso de méritos, la cual estableció que los usos de listas se harían para proveer "*mismos empleos.*"

6.2.15. Debe entenderse "*mismos empleos*", como aquellos a los que corresponde igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC. En este sentido, "*mismo empleo*" corresponde a un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos anteriormente, es decir denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, siendo éste el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concursó y

demonstró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

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

6.2.17. En este sentido, para determinar si un empleo es “equivalente” a otro se deberá analizar la similitud de funciones, de requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales así como el nivel jerárquico y grado salarial, proceso que inicia con la revisión y selección de los empleos de las listas de elegibles vigentes que se enmarcan en un mismo nivel jerárquico y grado salarial, en segundo lugar, la revisión ya sea de las disciplinas o de los núcleos básicos del conocimiento según corresponda, del tipo y tiempo de experiencia, así como de las competencias de cada uno de los empleos, para finalmente analizar y determinar la similitud de funciones, proceso que requiere de un análisis técnico detallado para determinar el contenido temático de las mismas, reiterándose que tal actuación no se encuentra establecida dentro de las normas que aplicaban para el momento de aprobación de la convocatoria.

6.2.18. En lo atinente a lo señalado en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 frente a “Empleos equivalentes”, cuyo tenor dispone: *“Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”*, cabe resaltar, que

dicha normativa está dispuesta en el Capítulo 2 Derechos de los Empleados de Carrera por Supresión del Empleo, Título 11 Del retiro del servicio de la aludida norma por lo tanto la aplicación del citado artículo se encuentra encaminada al amparo de los derechos del empleado que OSTENTA derechos de Carrera Administrativa cuando el empleo que desempeña ha sido objeto de supresión. En consecuencia, se colige que dicha disposición no es aplicable a los elegibles pues estos no ostentan derechos de carrera en el empleo para el cual concursaron.

6.2.19. Descendiendo al caso particular, señaló que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado **Instructor, Código 3010, Grado 1, identificado con código OPEC No. 58304, del Área temática de USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA**, ocupando la posición No. 7 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante **Resolución No. CNSC 20182120186895 del 24 de diciembre de 2018**, para proveer cuatro (4) vacantes del empleo referido.

6.2.20. La mencionada lista de elegibles fue publicada el día **4 de enero de 2019** y cobró firmeza el día **15 de enero siguiente**, por tanto estuvo vigente hasta el **14 de enero de 2021**, de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el cual señala: *“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...”*, por lo cual a esta fecha todos los aspirantes que se encuentran en la mencionada lista han perdido su calidad de elegibles pues la misma perdió vigencia, es decir, ya no tiene fuerza ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6.2.21. Comoquiera que para el empleo en mención se ofertó cuatro (4) vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba, fueron los aspirantes que ocuparon las primeras posiciones en la precitada Lista de Elegibles. Como se evidencia, se reitera, el accionante ocupó la posición No. 7 en la lista, razón por la cual, no era procedente realizar su nombramiento, pues no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo para el cual concursó.

6.2.22. Resulta claro que las Listas de Elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan una posición meritoria y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron con base en el número de vacantes ofertadas por empleo. A diferencia, los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria a quienes, solo les, asiste una expectativa frente al posible uso de Listas de Elegibles para la provisión de dicho empleo, en caso de presentarse una causal para ello.

6.2.23. Luego de traer a colación la parte resolutive del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, -Sala de Familia-, dentro de la Acción de Tutela 2019-00053-02, indica que atendiendo la orden judicial, la CNSC expidió el AUTO No 0353 de 2020 15-05-2020 en el cual dispuso: Conformar las Listas Generales de Elegibles para los empleos denominados Instructor Código 3010 Grado 01, declarados desiertos en atención a los resultados del estudio realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, cuya expedición deberá producirse una vez se resuelvan las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la Comisión de Personal del SENA y los recursos de reposición elevados ante esta entidad, en garantía del debido proceso que le asiste a todos los aspirantes dentro de la Convocatoria.

6.2.24. Conforme a lo estudiado, la CNSC procederá a la expedición de las Listas de Elegibles resultantes del estudio realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la Entidad, una vez resueltas las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la Comisión de Personal del SENA y los recursos interpuestos ante esta entidad, en garantía del debido proceso que les asiste a todos los aspirantes dentro de la Convocatoria.

6.2.25. Lo anterior teniendo en cuenta que, con ocasión del aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional, en el marco de la Emergencia Sanitaria por el Covid-19, la CNSC expidió la Resolución No. 4970 del 24 de marzo de 2020, en cuyo artículo primero prevé: *“Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020 (...)*”(Subrayas fuera de texto); (...); término prorrogado hasta el 27 de abril con Resolución No. 5265 de 13 de abril de 2020, y prorrogado nuevamente con la Resolución No. 5804 de 24-04-2020 hasta el día 11 de mayo de 2020; fecha en la cual fueron reanudadas estas actuaciones, de acuerdo a lo dispuesto por la Resolución No. 5936 del 08-05-2020.

6.2.26. Asimismo, ha expedido los AUTO No 0291 del 21-04-2020, AUTO No. 0317 DE 2020 05-05-2020, AUTO No. 0324 DE 2020 13-05-2020, AUTO No 0351 DE 2020 14-05-2020, AUTO No. 0353 DE 2020 15-05-2020, AUTO No. 0357 DE 2020 18-05-2020, AUTO No. 0367 DE 2020 28-05-2020, AUTO No. 0370 DE 2020 29-05-2020, AUTO No. 0376 DE 2020 01-06-2020, AUTO No. 0421 DE 2020 23-06-2020, AUTO No. 0490 DE 2020 27-07-2020, AUTO No. 0492 DE 2020 29-07-2020, AUTO No. 0497 DE 202006-08-2020, que pueden verse publicados en el enlace <https://www.cnsc.gov.co/index.php/autos-de-cumplimiento-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>

6.2.27. En atención a los anteriores autos, se han conformado listas generales para proveer los empleos declarados desiertos de las áreas de Agricultura de Precisión, Apoyo Terapéutico y rehabilitación, Automatización industrial, Belleza, Biotecnología industrial, Cocina, Contact Center y Bussines Process outsourcing (B.P.O), Contenidos digitales, Derechos Humanos y Fundamentales en el Trabajo, Diseño de Productos, Gestión de la Fabricación en Calzado y Marroquinería, Forestal, Gestión de la producción textil, Gestión Documental, Gestión Logística, Instrumentación y control de procesos, Interacción consigo mismo, con los demás, con la naturaleza y con la trascendencia, Mantenimiento electromecánico de equipo pesado, Mecanización Agrícola, Mecatrónica, Minería, Negociación Internacional, Perforación, Procesamiento de alimentos de pescados y mariscos, Producción audiovisual, Salud Pública, Transporte terrestre por carretera.

6.2.28. No obstante lo anterior, precisa que si bien es cierto la Comisión Nacional, ha expedido listas generales de elegibles, ello obedece al cumplimiento de órdenes judiciales impartidas y, no porque sea el procedimiento establecido para el Uso de Listas; pues como expuso con anterioridad, previa solicitud de la entidad nominadora, dicho Uso se aplica con las listas de elegibles que aún se encuentran vigentes derivadas de la convocatoria 436 de 2017 y únicamente para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria; sin ser procedente la conformación de Listas Generales de Elegibles.

6.2.29. Así mismo, refiere que NO existen empleos declarados desiertos o insuficientes de Instructor, Código 3010, Grado 1, del área temática de USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 –SENA.

6.2.30. Frente la pretensión relacionada con la orden para optar por otro cargo equivalente o similar, ello no tiene asidero legal, por cuanto el accionante concursó fue para el empleo de Instructor, Código 3010, Grado 1, identificado con código OPEC No. 58304, del Área temática de USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, entonces nombrarlo en otro empleo, generaría vulneración de los derechos de las personas que sí concursaron para los otros cargos, además, no reuniría todas las exigencias previstas para los mismos, pues en gracia de discusión, cada cargo o empleo por su particularidad requiere de específicas condiciones, tales como experiencia, tiempo, educación, área temática de conocimiento, etc.; ello sin contar que pueden existir personas con mejor derecho por mérito para tal fin.

6.2.31. Resalta que es obligatorio para la CNSC crear el banco de Lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancia definitiva o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes teniendo en cuenta los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como su nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo; en desarrollo de la normatividad que rige los sistemas de carrera, la CNSC expidió los Acuerdos: 25 de 2008, 150 de 2010, 159 de 2011, 562 del 5 de enero de 20162, *“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”*. En este acto administrativo, se definió el BNLE en el numeral 4 del artículo 3, de la siguiente manera, así: *“Banco Nacional de listas de elegibles: Es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC y organizado bajo los criterios establecidos en el presente Acuerdo”*. Visto lo anterior, se puede concluir que el Banco Nacional de Listas de Elegibles se

encuentra operando desde el año 2008 y puede ser consultado en la página web de la CNSC www.cnsc.gov.co en Banco Nacional de Listas de Elegibles, en el enlace: <https://bnle.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>

6.2.33. Señala que en cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Segunda de Decisión –Sala Laboral, proferidas en el marco de las acciones de tutela promovidas por la señora Carmen Alicia Zambrano Navarro y otros, realizó en la plataforma “SIMO” desde las 08:00 am del 13 de enero de 2021 hasta las 05:00 pm del 15 de enero de 2021 audiencia virtual para escogencia de las vacantes pertenecientes a la planta temporal del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, con diferente ubicación geográfica.

6.2.34. En dicha audiencia participaron los elegibles que para el momento en que fueron proferidas las órdenes judiciales, se encontraban en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1 del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, y que contaban con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

6.2.35. No obstante, precisa que la provisión de empleos temporales se encuentra reglamentada en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, disposición que fue revisada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-288 de 2014, donde definió el procedimiento que debía agotarse para tal efecto, el cual es diferente a aquel que se destina para los empleos de carrera administrativa, y que no establece la necesidad de hacer audiencia pública de escogencia de empleo. Entonces, los empleos pertenecientes a una planta temporal

comprenden una naturaleza diferente como quiera que éstos son excepcionales y transitorios.

6.2.36. Finaliza solicitando declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante, por cuanto su actuar se ajusta al marco legal y constitucional.

6.3. Entre tanto, el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, recorrió el traslado al libelo demandatorio, para lo cual, de entrada manifestó que se opone a las pretensiones de libelista, por cuanto no ha violado ni amenazado derecho fundamental alguno, amén de no tener injerencia alguna sobre los hechos argüidos por el accionante, motivo por el cual, reclama su DESVINCULACIÓN por falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.3.1. Resalta que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, el DAFP, tiene como funciones, el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, ello no lo hace responsable por el nombramiento en periodo de prueba y/o uso de la lista de elegibles producto de una convocatoria en este caso la 436 de 2017, como lo es el caso que nos ocupa, lo cual corresponde única y exclusivamente al SENA en anuencia con la CNSC.

6.3.2. En cuanto al concepto que determine si en el caso objeto de consulta, es procedente la aplicación de lo previsto en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, o si por el contrario debe regirse por las disposiciones legales vigentes al momento de la convocatoria 436 del año 2017, tras describir la participación del señor MONTOYA BENÍTEZ en el citado concurso de méritos, precisó que el accionante pretende:

- “1.- Ser nombrado en período de prueba en el empleo Instructor código 3010, grado 1 declarado desierto en la convocatoria 436 de 2017; es decir, cargos que fueron convocados a concurso, pero respecto de los cuales no hubo inscripción de aspirantes, o
- 2.- Ser nombrado en período de prueba en uno de los 170 empleos reportados como vacantes por el SENA el 17 de junio de 2020”.

6.3.3. Señala que, en relación con el tema objeto de consulta, mediante escrito del 16 de enero de 2020 el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, modificó el inciso primero de la página 3 del criterio unificado denominado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, precisando lo siguiente:

*“las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **"mismos empleos"**, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, 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.”*

6.3.4. De acuerdo con el pronunciamiento de la CNSC, en adelante las listas de elegibles conformadas 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.

6.3.5. Señala que la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019 determina lo siguiente:

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

“Artículo 31. El proceso de selección comprende:

(...)

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.”

6.3.6. De acuerdo con lo anterior, a partir de la expedición de la norma; es decir, el 27 de junio de 2019, una vez cumplidas las etapas del concurso, la CNSC o la entidad delegada para el efecto, debe elaborar una lista de elegibles, en estricto orden de méritos con la que 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.

6.3.7. Significa que la lista de elegibles podrá ser utilizada única y exclusivamente para cubrir las vacantes del respectivo concurso y además podrá ser utilizada, para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes que no hayan sido convocados y que surjan después de efectuada la convocatoria a concurso en la respectiva entidad

6.3.8. Adicionalmente, trae como sustento el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia **T-340 de 2020**, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en el que se estudió la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el caso de concursos de méritos convocados y adelantados antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, en el que se determinó lo siguiente:

“3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe (50), así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva

que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto”[51].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva” [52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer” [53]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[54].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de

elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, 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."[55].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(...)

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas."

6.3.9. Remarca que, según la Corte, para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

6.3.10. Indica que, para la Corte, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos de la ley.

6.3.11. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues las entidades, en este caso el SENA, deberá verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella.

6.3.12. Menciona que la Corte concluyó que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente; es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese mismo empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley.

6.3.13. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, lo anterior no se considera como un derecho automático, pues para dar aplicación a la retrospectividad de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia ordenar el nombramiento en período de prueba de quien se encuentra en lista de legibles, se debe verificar los siguientes aspectos:

a.- Que la lista de elegibles se encuentre vigente.

b.- El número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en la lista de elegibles; es decir que, el interesado ocupe el lugar inmediatamente siguiente a proveer.

c.- Que se trate del mismo empleo; entiéndase con igual denominación código, grado, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

6.3.14. Informa que, para el caso objeto de consulta, no es procedente que en aplicación de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, en el año 2021 se haga uso de la lista de elegibles conformada el 24 de diciembre de 2018, pues su vigencia terminó el 24 de diciembre de 2020.

6.3.15. De otra parte, no se considera pertinente hacer uso de la lista de elegibles con un empleo que fue declarado desierto en la convocatoria 436 de 2017; es decir, cargo que fue convocado a concurso, pero respecto del cual no hubo inscripción de aspirantes, por cuanto la norma restringe a que se trate de empleos no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad y claramente al ser declarado desierto, supone que se convocó a concurso.

6.3.16. En cuanto a la solicitud de nombramiento en período de prueba en uno de los 170 empleos reportados como vacantes por el SENA el 17 de junio de 2020, se considera pertinente determinar si se cumplen con las reglas previstas en la Sentencia T-340 de 2020 emitida por la Corte Constitucional, entre ellas, verificar que se trate del mismo empleo (igual denominación código, grado, propósitos, funciones) al que se postuló el interesado, que la lista de elegibles se encuentre vigente; e igualmente, confrontar el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en la lista de elegibles; es decir que, el interesado ocupe el lugar inmediatamente siguiente a proveer.

6.3.17. Finaliza diciendo que el Departamento Administrativo de la Función Pública no debe intervenir en la presente acción, por lo cual solicita su

desvinculación, en tanto el SENA y la CNSC gozan de autonomía e independencia para el manejo de sus propios asuntos, para auto determinarse y comparecer al presente proceso sin la autorización de otra autoridad.

VII. DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR LA DEMANDADA

7.1. El **Servicio Nacional de Aprendizaje**, allegó el siguiente documental

7.1.1. Complementación Criterio Unificado Uso De Listas

7.1.2. Criterio Unificado Uso De Listas De Elegibles Para Empleos Equivalentes

7.1.3. Respuesta CNSC Consulta Uso Listas Sena Aclara Criterio Unificado Comisionado, radicado 20202120242511.

7.1.4. Circular 001 de 2020 CNSC

7.1.5. Criterio Unificado Uso Listas de Elegibles, enero 2020

7.1.6. Criterio unificado Ley 1960 de 2019

7.1.7. Documento Compilatorio- radicado 20182120186895_15015_2018

7.1.8. Fallo Juzgado Cuarto Administrativo

7.1.9. Fallo Tribunal Administrativo

7.1.10. Correo electrónico de publicidad

7.1.12. Filtro base de datos

7.1.13. Filtro notificación instructores

7.1.14. Filtro nuevas vacantes

7.1.15. Filtro resumen planta de personal

7.1.16. Resolución Creación Grupos de Gestión del Talento Humano

7.1.17. Resolución que legitima del actuar del delegado- seccional Antioquia.

7.2. La **Comisión Nacional del Servicio Civil**, allegó:

7.2.1. Resolución No. 10259 de 15 de octubre de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.

7.2.2. Criterio Unificado del 16 de enero de 2020.

7.2.3. Complementación criterio unificado

7.2.4. Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 equivalencias

7.2.5. Circular Externa 001 de 2020

7.2.6. Resolución por la que se conforma la Lista de elegibles

7.2.7. Fallo de tutela de segunda instancia proferido por El Tribunal Superior de Arauca.

7.2.8. Expediente administrativo accionante.

7.2.9. Fallo proferido por el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, dentro acción de tutela promovida por Graciela Pulido León, radicada bajo el No. 110013335012202000315-00, que otorgó efecto inter comunis.

7.2.10. Lista de elegibles

VIII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

8.1. Competencia

8.1.1. Este despacho es competente para conocer de la presente acción conforme lo previsto en el artículo 1º, ordinal 1º, inciso 2º del Decreto 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

8.2. Procedencia

8.2.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, regulado en el Decreto 2591 de 1991, la tutela constituye un mecanismo idóneo y expedito pero subsidiario para la efectiva protección de los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, tratándose de estos últimos, en los casos previstos en la norma inicialmente referida.

8.2.2. Esta acción pública se caracteriza además por los principios de prevalencia del derecho sustancial, informalidad y eficacia, postulados previstos para salvaguardar los derechos de la jerarquía referida a través de las medidas y determinaciones que permitan un amparo efectivo ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial, a menos que se acuda a tal acción pública en forma transitoria para evitar el perjuicio irremediable.

8.3. De la subsidiariedad de la tutela

8.3.1. En virtud del carácter subsidiario y residual que reviste la acción de tutela, ésta es procedente siempre y cuando no se cuente con otro medio ordinario de defensa judicial; o cuando aun existiendo, los mismos resultan ineficaces para garantizar la efectiva protección de los derechos en conflicto o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. El segundo caso se presenta cuando la amenaza de vulneración de un derecho fundamental es inminente y, de consolidarse, afectaría de manera grave los bienes jurídicos que se pretenden amparar, por lo que se requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su materialización. Estas condiciones, al igual que la idoneidad de los medios judiciales existentes, deben analizarse en cada caso concreto y, de no acreditarse, la acción constitucional se torna procesalmente inviable.

8.3.2. En ese sentido, habrá de verse que la subsidiariedad e inmediatez son dos principios que orientan el trámite tutelar; el primero de los cuales exige que la accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, o que se acuda para evitar un perjuicio irremediable; y el segundo, atiende a la finalidad de protección urgente y perentoria, que busca efectivizar el derecho conculcado o amenazado.

8.4. Procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de mérito para cargos públicos de carrera

8.4.1. La jurisprudencia constitucional ha identificado las dimensiones del derecho al acceso a los cargos Públicos que entran en la órbita de protección del juez constitucional, cuando se demuestra que los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico no resultan idóneos para su protección o que la inminencia de un perjuicio irremediable torna procedente transitoriamente la protección que imparte este medio de defensa.

8.4.2. Al respecto expuso la Corte Constitucional:

(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupe un cargo público”.¹

8.5. Procedencia de la acción de tutela cuando se advierte la existencia de otro mecanismo de defensa judicial

8.5.1. De acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Así mismo, el numeral 1º del artículo 6º del

¹ Corte Constitucional Sentencia SU 339 de 2019

Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela es improcedente en los casos en que la accionante tenga a su alcance otros recursos o medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

8.5.2. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela obedece al principio de subsidiariedad², es decir, no es un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho; no puede ser empleada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado; y, no constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho.

8.5.3. En efecto, conforme a su naturaleza constitucional, en criterio del Máximo Tribunal Constitucional, la acción de tutela es el mecanismo preferente de protección de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio debe estar dirigido a obtener un amparo efectivo e inmediato frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren y es por ello, que no puede ser entendida como una instancia idónea para tramitar y decidir conflictos de rango legal, pues con este propósito, el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes.

8.6. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

8.6.1. Por regla general el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. Esta regla general conduce a que, en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

8.6.2. La acción de tutela es improcedente en el ámbito del derecho administrativo, como mecanismo principal para reclamar la protección de los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de

² Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-1140 de 2004, T-1093 de 2004, T-514 de 2003 y T-1121 de 2003.

la expedición de actos administrativos, puesto que para controvertir su legalidad se encuentran previstas acciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa.

8.6.3. Sin embargo, en los casos en que exista un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y habilita al Juez Constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva de manera definitiva sobre la legitimidad.

8.6.4. De tal manera, si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que vulnere o amenace sus derechos fundamentales, la acción de tutela se torna improcedente, aún cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, en atención al carácter subsidiario y residual que la caracteriza, pues no se debe dejar de lado que la interesada cuenta con otros medios de defensa para la protección de los derechos que considera amenazados con el procedimiento administrativo controvertido.³

8.7. Del perjuicio irremediable

8.7.1. La decisión sobre la procedencia o no de la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio de protección aun existiendo otro mecanismo judicial ordinario, requiere de un estudio por parte del juez de tutela sobre las circunstancias específicas de cada caso concreto, las condiciones de la accionante y el contexto en el cual se alega la vulneración de los derechos fundamentales.

8.7.2. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones que dicho perjuicio debe ser: *i) inminente (esto es, que amenaza o está por suceder pronto y tiene una alta probabilidad de ocurrir); ii) grave; iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; y que iv) la acción de tutela sea impostergable para garantizar adecuadamente los derechos vulnerados.* El cumplimiento de estos requisitos también deberá verificarse a la luz de las circunstancias propias de cada caso.

8.8. Problema Jurídico

³ C.C. Sentencia T-030/15

8.8.1. De lo narrado en el escrito de demanda, el problema planteado se contrae a establecer la presunta afectación de los derechos fundamentales a la **Igualdad, Debido Proceso, Acceso a los Cargos de Carrera, Principio de la Confianza Legítima y Buena Fe, Seguridad Jurídica y el Principio de la Inescindibilidad de la Norma respecto a la Ley 1960 de 2019**, por la negativa a dar aplicación retrospectiva a lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y al no usar la lista de elegibles vigente para proveer los cargos de la misma denominación y grado que fueron declarados desiertos en la convocatoria 436 del 2017, y cualquier otro cargo equivalente que se encuentre vacante en el SENA.

8.8. Derechos vulnerados

8.8.1. Derecho a la Igualdad

8.8.1.1. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Por tanto, el derecho a la igualdad no se traduce en un trato igual ante la ley y garantía de justicia, sino en una adecuación de las leyes para la no discriminación, así como la mayor garantía de derechos en toda actuación y para toda persona habitante de su territorio, reconociendo su diversidad.

8.8.1.2. Todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad. Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios.

8.8.2. Derecho al Debido Proceso

8.8.2.1. Es una garantía que se hace extensiva a toda actuación judicial y administrativa, sin embargo, no implica, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. La vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede

ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), hace necesaria que la interpretación de las garantías que lo integran se funde en consideración a los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

8.8.2.2. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde el inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este orden de ideas, la actuación de las autoridades administrativas debe adelantarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

8.8.2.3. La Corte Constitucional señaló que *“El debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”*⁴

8.8.3. Derecho al acceso a la carrera administrativa

8.8.3.1. El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice 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.

8.8.3.2. El acceso al empleo en carrera administrativa constituye una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: *(i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social,*

⁴Sentencia T-465 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

8.9. Principio de la confianza legítima y buena fe

8.9.1. Este principio, según el cual la Administración debe abstenerse de modificar *“situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”*.⁵

8.9.2. Entonces, este principio actúa como límite a las actividades de las autoridades cuando alteran su manera tradicional de proceder, atentando también contra el principio de la seguridad jurídica. Por lo tanto, no resulta admisible que ante un cambio repentino de ciertas condiciones que habían generado una expectativa legítima, sean los particulares, en este caso los estudiantes o profesores y trabajadores según sea el caso, quienes corran con todas las consecuencias que implica dicha desestabilización.

8.10. Principio de la Inescindibilidad de la Norma respecto a la Ley 1960 de 2019

8.10.1. La inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que, quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. Las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

8.11. Del caso concreto

⁵ Sentencia T-180 A de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

8.11.1. Conforme a las consideraciones fácticas y argumentativas expuestas en párrafos precedentes, se tiene que la pretensión del extremo actor, se orienta a reclamar la protección de sus derechos fundamentales a la **Igualdad, Debido Proceso, Acceso a los Cargos de Carrera, Principio de la Confianza Legítima y Buena Fe, Seguridad Jurídica y el Principio de la Inescendibilidad de la Norma respecto a la Ley 1960 de 2019**, por la negativa a dar aplicación retrospectiva a lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y al no usar la lista de elegibles vigente para proveer los cargos de la misma denominación y grado que fueron declarados desiertos en la convocatoria 436 del 2017, y cualquier otro cargo equivalente que se encuentre vacante en el SENA.

8.11.2. De acuerdo con el inc. 3º del art. 86 de la Constitución, la acción de tutela únicamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

8.11.3. En consecuencia, procede el despacho a analizar el caso por el que aquí se procede, en aras a determinar si, de conformidad con la respectiva normatividad y los supuestos fácticos, al señor WALTER YHOVANY MONTOYA BENÍTEZ, se le están conculcando las prerrogativas fundamentales invocadas.

8.11.4. A voces del artículo 125 de la Constitución, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

8.11.5. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, prosigue la norma, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

8.11.6. Por otro lado, según el artículo 130 ibídem, la CNSC es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los

servidores públicos, con excepción de las que tengan carácter especial, razón por la cual, a voces del art. 11, literal c) de la Ley 909 de 2004, a aquélla le compete elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan dicha ley y el reglamento.

8.11.7. La Constitución política prevé la carrera administrativa como mecanismo para que, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

8.11.8. Se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se cumpla con los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados en la Convocatoria pública para acceder a un cargo de carrera administrativa.

8.11.9. Dicha actuación debe estar amparada de todas las formas propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló:

- (i) *Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.*

- (ii) *A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.*
- (iii) *Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa[26].*
- (iv) *Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.⁶*

8.11.10. Así las cosas, conforme a los medios probatorios incorporados al expediente, aparece acreditado que la CNSC en desarrollo de la **Convocatoria No. 436 de 2017-SENA**, para proveer definitivamente empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de Carrera, expidió el **Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017**, el cual señala las reglas del concurso.

8.11.11. Se acredita que el accionante concursó y superó todas las etapas para el empleo denominado **Instructor, Código 3010, Grado 1, identificado con código OPEC No. 58304, del Área temática de USO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA**, ocupando la posición No. 7 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante **Resolución No. CNSC 20182120186895 del 24 de diciembre de 2018**, para proveer **cuatro (4) vacantes** del empleo referido.

8.11.12. Se tiene que, la mencionada lista de elegibles fue publicada el día **4 de enero de 2019** y cobró firmeza el día **15 de enero siguiente**, por lo cual estuvo vigente hasta el **14 de enero de 2021**, de conformidad con lo previsto en el **artículo 58 del Acuerdo No**

⁶ Corte Constitucional Sentencia SU-913 de 2009

20171000000116 de 2017, en concordancia con el **numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004**, el cual señala: *“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...”*, lo que significa que a la fecha, todos los aspirantes que se encuentran en la mencionada lista han perdido su calidad de elegibles, pues la misma perdió vigencia, es decir, ya no tiene fuerza ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8.11.13. Pese a ello, observa el despacho que el señor MONTROYA BENÍTEZ, presentó la acción de tutela en procura de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales y, de contera a ello, ser nombrado en un cargo equivalente al cual concursó, en aplicación del efecto retrospectivo de la **Ley 1960 de 2019**, tras considerar que existen varios cargos por proveer.

8.11.14. Si bien es cierto el demandante fundó su amparo tutelar en sendos fallos de tutela proferidos por diferentes despachos judiciales, en las que se debatieron asuntos relacionados con el nombramiento de los elegibles de la **Convocatoria 436 de 2017**, apelando al criterio de unificación expedido por las entidades accionadas, en las cuales, la mayoría dio la razón a los accionantes, también resulta cierto que, uno de los presupuestos para reclamar la aplicación retrospectiva de la mentada ley, es precisamente la vigencia de la lista de legibles, la cual como se señalara en antelación, expiró el **14 de enero de 2021**, lo que significa que para el momento en que acudió a la acción de tutela (**15 enero de 2021**), ya el actor había perdido la calidad de elegible.

8.11.15. Igualmente las accionadas indican que el 27 de junio de 2019 el Gobierno Nacional expidió la **Ley 1960** por la cual se modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones, acatando lo allí dispuesto la CNSC el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado *“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 20196”* 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”.

8.11.16. Así mismo, se establece que en cumplimiento a la mencionada norma, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, a través de **Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio 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 selección a los que aplica.

8.11.17. Al respecto cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional, se precisó que *la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley...

De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(...)

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun

*cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley.*⁷

8.11.18. Es así que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente; es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese mismo empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley

8.11.19. Para dar aplicación a la retrospectividad de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia ordenar el nombramiento en período de prueba de quien se encuentra en lista de legibles, se debe verificar los siguientes aspectos:

a.- Que la lista de elegibles se encuentre vigente.

b.- El número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en la lista de elegibles; es decir que, el interesado ocupe el lugar inmediatamente siguiente a proveer.

c.- Que se trate del mismo empleo; entiéndase con igual denominación código, grado, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

8.11.20. Por lo anterior, al no tener fuerza de ejecutoria la lista de elegibles, conformada mediante la **Resolución No. CNSC 20182120186895 del 24 de diciembre de 2018**, resulta inocuo entrar a hacer disquisición acerca de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, el uso de la lista de elegibles para proveer vacantes declaradas desiertas, así como la determinación de la equivalencia del cargo al cual concursó el señor MONTROYA BENÍTEZ, repito, por cuanto al perder vigencia la lista de elegibles no existe obligatoriedad alguna para las accionadas.

8.11.21. De suerte que, al haber expirado la vigencia de la lista de elegibles de la cual hacía parte el demandante, es que el despacho NO puede impartir

⁷ Sentencia T 340 de 2020

orden alguna a las entidades accionadas, por lo cual impera, declarar la IMPROCEDENCIA del amparo tuitivo.

IX. DECISIÓN

9.1. Por las anteriores consideraciones y acogiendo las argumentaciones esbozadas por el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA. y la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC-, se declara improcedente la acción de tutela promovida por el señor WALTER YHOVANY MONTOYA BENITEZ, por cuanto a la fecha la lista de elegibles de la cual hacía parte dentro de la Convocatoria 437 de 2017-SENA, ya perdió su vigencia.

9.2. DESVINCULAR del presente trámite al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, por falta de legitimidad en la causa por pasiva, habida cuenta que como bien lo señaló, no tiene injerencia alguna frente al reclamo del accionante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Seis (46) Penal del Circuito de Bogotá, D.C.**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

X. RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo tutelar invocado por el señor WALTER YHOVANY MONTOYA BENITEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 98606682, conforme las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - DESVINCULAR del presente trámite al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

TERCERO. - Para NOTIFICAR a las personas que hacen parte de la lista elegibles del **empleo de carrera No. No. 58304**, denominación **INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA-**, ofertado en la Convocatoria No. 436 de 2017-

SENA- y a quienes desempeñan los cargos temporales de interés ofertados de la CNSC y el SENA, **se solicita a la CNSC**, que a través de la página web publique la presente determinación, de lo cual informará al despacho.

CUARTO. - Si no fuere recurrida esta decisión, dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



FERNANDO GONZÁLEZ OLAVE