



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|--------------|---|
| RADICADO: | 05001 33 33 019 2021 00197 00 |
| ACCIÓN: | TUTELA |
| ACCIONANTE: | LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID |
| ACCIONADA: | Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA , Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC |
| DECISIÓN | Accede |
| SENTENCIA N° | 90 |

Decide este Despacho la solicitud de tutela interpuesta por la señora LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID, quien actúa en a través de apoderado, contra el SENA y la CNSC, para la protección de los derechos fundamentales invocados.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

Refiere el apoderado que por medio de Convocatoria 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) convocó a concurso de méritos para proveer 4973 vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA. La hoy accionante se inscribió y participó en dicha convocatoria para el empleo denominado Profesional Grado 10, OPEC 62097 y superó cada una de las etapas.

Con resolución 20182120151335 del 17 de octubre de 2018, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo para que el concursó y ocupó el 5.º lugar, con un puntaje de 72.15, cuya vigencia es de dos años.

Que, a través del ejercicio del derecho fundamental de petición el día 10 de Mayo de 2021, solicitó al SENA hiciera uso de la lista de elegibles, en la que se encuentra relacionada y ocupa el puesto CINCO (5), en alguno de los cargos de la PLANTA GLOBAL que tiene la entidad territorial y en el que se encuentren vacantes definitivas generadas con posterioridad al concurso, ya sea MISMO EMPLEO o EMPLEO EQUIVALENTE, teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley 1960 de 2019.

El SENA, dio respuesta a dicha solicitud con fecha del 14 de Mayo de 2021, en la que niega a su mandante la solicitud de hacer uso de la lista de elegibles para proveer vacantes definitivas a cargos equivalentes o mismo empleo que se presentaron con posterioridad.

Expone que no es cierto que la ley 1960 de 2019, sea de aplicación retroactiva, pues dicha ley señala que el uso de la lista de elegibles aplica para las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

Sin embargo, las vacancias definitivas en provisionalidad y en encargo que están provistas actualmente, son por personal de planta en carrera administrativa o personas que nombran de afuera en provisionalidad, dejando sin ninguna oportunidad al MERITO, aquellas personas que ocupan un lugar dentro de una lista de elegibles con las que se pueden contar y hacer uso de ella.

Que se entiende por Empleo Equivalente: Cuando un cargo tiene 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.

Con base en las normas anteriores, considera que está habilitada para ser nombrada en cualquier vacante que sea equivalente, tal y como estipula el artículo 8 del acuerdo 165 de 2020, que reza *“Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos: ... 3. Cuando se generen vacantes del “mismo empleo” o de “cargos equivalentes” en la misma entidad.”*, articulado al cual la CNSC en Circular externa número 009 de 2020, avala su aplicación.

Estima que las entidades públicas accionadas amparadas en el criterio unificado adoptado por la CNSC del 1 de agosto de 2019, sobre la listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de Junio de 2019, que dispone que la listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad, únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales, de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de lista de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza o equivalentes a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria.

Que se debe tener en cuenta el último criterio unificado, Fecha de sesión: 22 de septiembre de 2020, expedido por la Sala Plena de la CNSC, que aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES.

Citó providencias emitidas por diferentes jueces en el país, en las que se adoptaron las medidas respecto del criterio unificado emitido por la CNSC.

1.2 PRETENSIONES

Solicita le sean protegidos los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso, buena fe y confianza. En consecuencia, se ordene a la CNSC y al SENA:

- Realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la ley 1960 de 2019, acuerdo 165 de 2020, CIRCULAR EXTERNA número 0009 DE 2020 y los conceptos de unificación de la CNSC y ese sentido se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó con la RESOLUCIÓN No. CNSC -20182120151335DEL 17-10-2018, en el mismo empleo o empleo equivalente de carrera administrativa denominado PROFESIONAL, Grado 10, del Sistema General de Carrera Administrativa del (SENA), convocatoria 436 de 2017, para que nombren en periodo de prueba a la señora LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID, en UNA (1) de las vacantes definitivas del mismo empleo o empleo equivalentes, posteriores generadas al reporte de dicho concurso de méritos.
- Que el fallo de tutela en caso de ser favorable produzca efectos (Inter Communis), que garanticen igualmente la protección de los derechos de aquellas personas que conforman la lista de elegibles RESOLUCIÓN No. CNSC -20182120151335 DEL 17-10-2018, máxime si existen vacantes o surtidos en provisionalidad, exactamente iguales o equivalentes a aquel para el cual se postularon a la convocatoria.
- Recomponer la lista de elegibles RESOLUCIÓN No. CNSC 20182120151335 del 17-10-2018, conformada para el cargo código OPEC No.62097, y consecuentemente se proceda a efectuar el nombramiento en periodo de prueba del empleo denominado PROFESIONAL, Grado 10, en mismo empleo o empleo en equivalencia en estricto orden de mérito, con los integrantes de la lista de elegibles respectiva.

2. DEL TRÁMITE DE LA TUTELA

Por ajustarse a los requisitos mínimos legales que establece el Decreto 2591 de 1991, este Despacho, mediante auto del 30 de junio de 2021 (exp. digital, numeral 15), admitió la acción de tutela, fue notificado a las accionadas a través del correo electrónico dispuesto para tal efecto.

CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

2.1 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- (Exp. Virtual, numeral 18):

El apoderado de la entidad accionada allegó escrito de contestación, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que la acción de tutela resulta improcedente pues el actor cuenta con el medio o recurso de defensa judicial, a menos que se use como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable (lo cual no se comprobó en el presente asunto), pues la misma no es un medio alterno, facultativo, adicional o complementario a los ya instituidos por la ley para la defensa de intereses o derechos que considere la accionante vulnerados por entidades públicas o privadas.

Indica que no se puede aplicar la Ley 1960 de 2019 de forma retrospectiva, toda vez que contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, máxime que la ésta señala que se aplicará a partir de su publicación. Por lo anterior, la Ley 1960 de 2019 no es aplicable a la convocatoria 436 de 2017, pues su situación se encuentra consolidada. Éste además, es el argumento principal de los conceptos de unificación de las listas de elegibles emitidos por la CNSC y por medio de los cuales dio directrices respecto de la aplicación 1960 de 2019.

Refirió que conforme al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, 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 entidad nominadora), una actuación no prevista en el marco del proceso de selección.

Que consultado el Sistema–SIMO, se comprobó que en el marco del proceso de selección Convocatoria No. 436 de 2017 -SENA, ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con OPEC 62097, denominado Profesional Grado10, y una vez agotadas las fases del concurso mediante Resolución No. CNSC –20182120151335 DEL 17/10/18, se conformó lista de elegibles para el empleo en mención, donde la actora ocupó la posición quinta (5).

El referido acto administrativo fue publicado el día 26/10/18, cobró firmeza el día 27/11/19, por lo que su vigencia es hasta el 26/11/21.

Que como quiera que para el empleo en mención se ofertó una (1) vacante(s), los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba, fue el aspirante que ocupó la posición 1 en la precitada Lista de Elegibles. Como se evidencia, la parte accionante ocupó la posición No. 5 en la lista, razón por la cual, no era procedente realizar su nombramiento,

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad –SIMO se constató que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ,no ha reportado vacante adicional a las ofertadas en el marco del Proceso de Selección, que cumpla con el criterio de mismos empleos.

Solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que estima no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados por la parte accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2.2. SENA (Exp. Virtual, numeral 30)

El Coordinador del Grupo de Gestión de Talento Humano del SENA, presentó escrito de contestación de la tutela, se pronunció sobre los hechos de la demanda y solicitó se denegaran las pretensiones, con fundamento en:

Señaló que conforme con el criterio unificado expedido por la CNSC, la Ley 1960 de 2019, no se aplica al caso del actor. Dijo que el SENA no es la entidad que crea los instrumentos que permitan el uso de la lista de elegibles, toda vez que ésta es tarea de la CNSC.

Indicó que la demanda no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, en atención a que la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante fue establecida a través de la Resolución 20182120151335 del 17 de octubre de 2018, la cual quedó en firme el 27 de noviembre de 2019, por lo que han pasado más de diecinueve (19) meses y 7 días sumado a que no cuenta con los medios ordinarios para garantizar la protección de los derechos que considera vulnerados. Igualmente, la parte actora no acreditó el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Que realizó la provisión de los cargos conforme con lo establecido en la convocatoria 436 de 2017, emitida por la CNSC y en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.

Conforme a los conceptos emitidos por la CNSC de 15 de marzo de 2019, indicó que las listas de elegibles son usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la CNSC, por lo que informó que en caso de que el accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC 62097, será comunicado, toda vez que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado.

Respecto a las listas de elegibles que adquirieron firmeza antes de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, señaló que se les aplica las reglas previstas antes de la modificación de la ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos acuerdos de convocatoria, esto conforme con el criterio unificado emitido por la CNSC de 16 de enero de 2020.

Por lo anterior, indicó que la entidad que representa cumplió a cabalidad las obligaciones a ella exigidas, con fundamento en la Ley 909 de 2004 y la convocatoria 436 de 2017, por lo tanto, no han sido vulnerados los derechos fundamentales alegados por la parte actora.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia:

De conformidad con el art. 86 de la Carta Política y el art. 1.º del Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer de esta solicitud de amparo constitucional dada la naturaleza jurídica de las accionadas CNSC y SENA.

3.2 Legitimación en la causa:

El Decreto 2591 de 1991 que reglamenta el artículo 86 de la Constitución Política en su artículo 10º, dispone que la persona puede actuar por si misma o a través de representante, por lo que la aquí accionante, está legitimada para ejercer la presente acción a través de apoderado, toda vez que es la titular de los derechos reclamados.

Tampoco se discute la legitimación por pasiva en relación con las accionadas en razón a que son las entidades a quienes la accionante endilga la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, entre otros.

3.3 Problema Jurídico

Esta judicatura determinará, si las accionadas CNSC y/o SENA, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y demás invocados por la señora LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID, ante la negativa de la autorización del uso de las listas de elegibles que integra la accionante, para proveer los cargos en vacancia definitiva o no convocados, en los cargos con similitud funcional, particularmente para la OPEC 62097 denominado PROFESIONAL Grado 10, sea a nivel departamental o nacional, en atención a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960, que derogó el numeral 4, del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

4. ANALISIS JURIDICO

4.1. Fundamentos Constitucionales.

Según lo dispone el art. 86 superior, toda persona tiene derecho a reclamar ante los Jueces por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que se vean lesionados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Esta acción constitucional es de carácter subsidiario, esto es, para cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con

otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, (artículo 6 del Decreto 2591 de 1991).

La protección consistirá en una orden para aquél respecto de quien solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplido, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4.2. De la procedencia de la acción de tutela en materia de concurso de méritos.

El artículo 5.º del Decreto 2591 de 1991, establece:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2.º de esta ley...”

Acto seguido, el artículo 6.º dispone las causales de improcedencia de la acción de tutela en los siguientes términos:

“... 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

(...)

2. Cuando se trate de actos de carácter general y abstracto...”

Ahora, de las normas antes transcritas se desprende que la tutela no procede cuando exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando se trate de actos de carácter general y abstracto. Sin embargo, la Corte Constitucional¹ ha sido reiterativa en su jurisprudencia al indicar que cuando el asunto verse sobre concurso de méritos, la tutela se torna procedente cuando a pesar de existir otro mecanismo, este no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable:

“...En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener...”

En razón de lo anterior, es evidente que la parte actora pese a contar con otros mecanismos de defensa judicial, también lo es que estos no resultan ser los idóneos, pues como viene de leerse, el término de duración de la lista de elegibles de la cual hace parte el accionante, fenece el próximo 24 de diciembre de 2021, por tanto, cualquier actuación administrativa o judicial que se adelante en este momento, resultaría inoficiosa, razón por la cual, la acción

¹ Sentencia T-682 de 2016.

de tutela se torna procedente para realizar el estudio de las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales alegados por el señor LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID.

4.3. De los derechos fundamentales alegados.

La parte actora, considera vulnerados los derechos fundamentales de petición, al debido proceso y al trabajo.

4.3.1. Del derecho al debido proceso administrativo.

Respecto al debido proceso administrativo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado la procedencia de realizar un estudio de fondo a través de la acción de tutela, pues se entiende que los medios de control jurisdiccionales resultan ineficaces. De igual forma, esa Alta Corporación define al debido proceso administrativo como “...*(i) El conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de un secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal...*”²

Indica que lo anterior, tiene como finalidad asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, la validez de sus propias actuaciones y resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados. Así las cosas, se concluye que la protección de este derecho por parte de las autoridades judiciales se predica, siempre que la administración de forma arbitraria no de cumplimiento a la secuencia de actuaciones correspondientes a determinado procedimiento administrativo.

4.3.2. Derecho al trabajo

El derecho al trabajo tiene una doble dimensión: individual y colectiva, reconocida en el artículo 25, 26 y 334 de la Constitución. El aspecto individual se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas. En la dimensión colectiva implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa.

En repetidas ocasiones la Corte ha sostenido que el derecho al trabajo es un derecho fundamental consagrado como principio rector del Estado social de derecho y como objetivo primordial de la organización política. Al ser fundamental el derecho al trabajo debe ser reconocido *como un atributo inalienable de la personalidad jurídica; un derecho inherente al ser humano que lo dignifica en la medida en que a través de él la persona y la sociedad en la que ella se desenvuelve logran su perfeccionamiento. Sin el ejercicio de ese derecho*

² Sentencia T-957 de 2011.

el individuo no podría existir dignamente, pues es con el trabajo que se proporciona los medios indispensables para su congrua subsistencia y además desarrolla su potencial creativo y de servicio a la comunidad.

4.4. De lo acreditado en el proceso.

El Despacho encuentra relevante la documental que se relaciona a continuación allegados por la parte actora:

- ✓ Resolución 20182120151335 del 17 de octubre de 2018 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC 62097, denominado Profesional, Grado 10, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, ofertado a través de la Convocatoria 436 de 2017 –SENA”³. En esta lista la parte actora ocupa el quinto lugar.
- ✓ Petición de 13 de septiembre de 2020, elevada por la parte actora ante el SENA el día 10 de mayo de 2021 - en la que solicita se haga uso de la lista de elegibles en la que se encuentra relacionada y ocupa el puesto CINCO (5), en alguno de los cargos de la PLANTA GLOBAL que tiene la entidad y en el que se encuentren vacantes definitivas generadas con posterioridad al concurso, ya sea MISMO EMPLEO o EMPLEO EQUIVALENTE, conforme lo dispuesto por la ley 1960 de 2019 - y su constancia de envío a través del correo electrónico dispuesto para ello⁴
- ✓ Respuesta emitida por el SENA el 14 de mayo de 2021⁵.
- ✓ Constancia de Firmeza de la lista de Elegibles Resolución 20182120151335 del 17 de octubre de 2018 (Sistema BNLE)⁶.
- ✓ Criterio unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 e junio de 2019” de 16 de enero de 2020, emitido por la CNSC⁷.

4.5. Del caso en concreto.

4.5.1. De la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

En el presente asunto, se tiene que por medio de la convocatoria 436 de 2017-SENA, la CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, se encontraba el siguiente:

- Código OPEC 62097, denominado Profesional Grado 10, ubicado en la dependencia: Antioquia- Centro de Comercio, Municipio: Antioquia - Medellín, Cantidad: 1⁸.

³ Expediente digital. Arc. 09.

⁴ Expediente digital. Arc. 10 - 11.

⁵ Expediente digital. Arc. 12.

⁶ Expediente digital. Arc. 14.

⁷ Expediente digital. Arc. 43.

⁸ Información sustraída del link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>

La señora LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID participó en el precitado concurso de méritos para el cargo antes relacionado, bajo el código OPEC 62097. Sin embargo, ocupó el quinto lugar en la lista de elegibles, por lo que no fue nombrada en el cargo, toda vez que fue designada la persona que tenía mejor derecho que ella.

La accionante solicita con la demanda de tutela, que se ordene a las accionadas se haga uso de la lista de elegibles en la que se encuentra relacionada y ocupa el puesto CINCO (5), en alguno de los cargos de la PLANTA GLOBAL que tiene la entidad y en el que se encuentren vacantes definitivas generadas con posterioridad al concurso, ya sea MISMO EMPLEO o EMPLEO EQUIVALENTE, conforme lo dispuesto por la ley 1960 de 2019.

El párrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017⁹, dispone que “...una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas durante su vigencia, solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”

Conforme la norma transcrita, en principio es claro que, las vacantes que se encuentren como “no convocadas” no son susceptibles de ser surtidas con las listas de elegibles actuales, por lo cual no le asiste razón a la parte actora al pretender que se conforme la lista de elegibles a nivel departamental y/o nacional de los empleos que no fueron convocados.

Sin embargo, con la Ley 1960 de 2019¹⁰, el legislador permite la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos. En efecto, el artículo 6.º de la precitada Ley, dice:

“...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 tendrán 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...” (Subraya del Despacho)

De lo anterior, se concluye que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

⁹ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

¹⁰ Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Ahora, el artículo 7.º del precitado cuerpo normativo, estableció que la vigencia de la ley rige a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo que, en principio podría decirse que esta norma no le es aplicable a la convocatoria 436 de 2017 y a las listas de elegibles que surjan con ocasión de ella, como es el caso de la lista conformada a través de la resolución 20182120151335 del 17 de octubre de 2018, de la cual es integrante la señora Escobar Madrid.

En este sentido, la CNSC mediante criterio unificado de 16 de enero de 2020¹¹, señaló:

“...En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

Las listas de elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la 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...”

Con el anterior criterio, la CNSC señaló que la Ley 1960 de 2019, se aplica únicamente para aquellos procesos que iniciaron con posterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, es decir, a partir del 27 de junio de 2019. Así las cosas, para aquellos procesos que iniciaron con anterioridad, las listas de elegibles se utilizarán para proveer los empleos que integraron la 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*).

Sin embargo, la aplicación de la Ley 1960 de 2019, debe leerse a la luz del principio de retrospectividad, el cual, ha sido definido por la Corte Constitucional¹² en los siguientes términos:

“...El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que el efecto en el tiempo

¹¹ Expediente digital. Arc. 18.

¹² Sentencia SU-309 de 2019.

de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro pero con retrospectividad (...) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal... De este modo, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma...”

Conforme lo anterior, el fenómeno de la retrospectividad, permite la aplicación de una norma respecto de situaciones que surgieron con anterioridad, cuyos efectos aún no se han consolidado, como es el caso de la convocatoria 436 de 2017, toda vez que si bien el proceso de selección inició con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, lo cierto es que los efectos de las listas que aún se encuentran vigentes, se consolidan con el nombramiento en período de prueba del interesado.

En este sentido, se pronunció el Tribunal Administrativo de Antioquia en reciente fallo de tutela, en el que concluyó¹³:

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

Por lo anterior, mientras el concursantes se halle en la lista de elegibles y esta permanezca vigente, las normas de orden legal que modifiquen la forma de proveer las vacantes tiene la virtualidad de afectar la situación de quien no ha sido nombrado, no como consecuencia de un efecto retroactivo de la ley, sino, precisamente, como consecuencia del efecto general, según el cual la ley rige hacia el futuro y se aplica a situaciones jurídicas que, a pesar de nacer en vigencia de la ley anterior, se consolidan en vigencia de la ley posterior (efecto retrospectivo), tal como lo contemplan los artículos 52 y 53 de la ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), en armonía con los artículos 38, 41, 44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1887 de cuyo contenido se deducen las reglas generales para resolver los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo...”

En esa oportunidad, la Corporación desarrolló el estudio de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva y consecuencia de ello ordenó amparar los derechos fundamentales de los tutelantes.

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que el artículo 6.º de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista. No de otra forma podría darse aplicación a lo dispuesto en la citada norma.

¹³ Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Quinta – Mixta. Fallo de tutela de 15 de septiembre de 2020. M.P. Daniel Montero Betancur. Radicado: 05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01.

En el presente asunto, se tiene que actualmente la accionante es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120151335 del 17 de octubre de 2018 (vigente) y no ha sido nombrada en período de prueba, por lo que el derecho aún no se ha consolidado, motivo por el cual, le es aplicable la Ley 1960 de 2019.

Así entonces, bajo ese parámetro jurisprudencial es forzoso concluir que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Estas limitaciones de ubicación geográfica y de temporalidad no se encuentran contenidas en la Ley 1960 de 2019, pues en criterio de esta Ley, las vacantes no convocadas (no ofrecidos al inicio del concurso) pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, y se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

En conclusión, para esta sede judicial queda claro que con la negativa de las entidades accionadas de dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, se vulneran los derechos al debido proceso y al trabajo de la señora Escobar Madrid, razón por la cual se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 62097, al cual concursó la accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los diez (10) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 62097, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

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

Finalmente, la parte actora pretende que esta decisión se notifique a cada uno de los integrantes de la lista de elegibles de la resolución 20182120151335 del 17 de octubre de

2018. Al respecto, es preciso recordar que la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que la tutela tiene efectos “*inter partes*”, es decir, solo afectan la situación de aquellos que se han constituido como partes en el proceso. Sin embargo, en aras de garantizar los derechos de aquellos terceros que tengan algún interés en la Convocatoria 436 de 2017 – SENA, se ordenará a la CNSC, publicar la presente decisión en el portal web de la institución.

Por lo expuesto, el **Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y demás invocados por la señora LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID, identificada con cédula de ciudadanía número 43.578.543, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 62097, al cual concursó la accionante.

TERCERO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de diez (10) días hábiles siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 62097, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

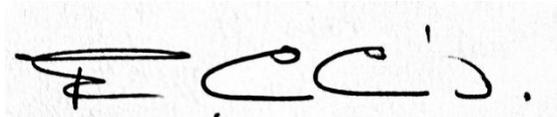
CUARTO: Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba a quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron - eventualmente, incluida la aquí accionante, señora LUZ PATRICIA ESCOBAR MADRID-, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

QUINTO: ORDENAR a la CNSC publicar esta decisión en el portal web de la institución.

SEXTO: Contra esta sentencia procede el recurso de impugnación, el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación. ADVERTIR a las partes que en el evento de impugnarse el fallo, dicho recurso se interpondrá a través del correo electrónico del Juzgado, a la siguiente dirección electrónica: adm19med@cendoj.ramajudicial.gov.co.

SEPTIMO: SI NO FUERE IMPUGNADA, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 del decreto 2591 de 1991). Una vez el expediente de tutela regrese, si el mismo no fue seleccionado por la corte constitucional para su eventual revisión y de acuerdo con las constancias que antecedan, se dispone el archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Córdoba Vallejo', is written over a light gray rectangular background.

**PATRICIA CÓRDOBA VALLEJO
JUEZ**