

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE: FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Expediente: 1100133360362021-00178-01
Demandante: Oriana Vanessa Figueroa
Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA
Asunto: Impugnación – Confirma

ACCIÓN DE TUTELA

Corresponde a la Sala, resolver de fondo las solicitudes de impugnación presentadas por las accionadas en contra de la sentencia del 17 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá, en la que se decidió lo siguiente:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, debido proceso de ORIANA VANESSA FIGUEROA, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR 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 61988, al cual concursó el accionante.

TERCERO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) 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 61988, 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 (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de los concursantes que tengan el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto

QUINTO: NEGAR el amparo de los demás derechos fundamentales invocados por la accionante.

SEXTO: Se ordena notificar el presente fallo a los demás participantes en el Proceso de Selección No. 433 de 2016 que se encuentren en lista de elegibles para el cargo de OPEC No 61988 denominado PROFESIONAL, GRADO 2. Para estos efectos, se dispone que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR publiquen en su página web o en el aparte de la red correspondiente al

proceso de selección e informen al correo electrónico allí consignado por cada uno de quienes conforman la listas de elegibles relacionado con la OPEC 61988, la presente providencia, a fin de que los vinculados, tengan conocimiento de la decisión aquí adoptada.

(...)

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 2 de junio de 2021, la señora Oriana Vanessa Figueroa presentó acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, para el efecto formuló las siguientes peticiones:

Que, se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA RESPECTO A LA LEY 1960 DE 2019 Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **ORIANA VANESSA FIGUEROA**, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No **1.069.716.468** y **SE ORDENE:**

PRIMERO: ORDENAR que, en el plazo de 48 horas contados a partir de la notificación de esta decisión, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo identificado con el código **OPEC No 61988** denominado **PROFESIONAL, GRADO 2**, al que concursó **ORIANA VANESSA FIGUEROA**, 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 para los 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, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso de tiempo en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de 48 horas contados a partir de realizado lo anterior, solicitará 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.

SEGUNDO: La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá, 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, proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a **la OPEC 61988**

con la denominación **PROFESIONAL, GRADO 2**, 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 para los 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.

En especial las contenidas en el hecho trigésimo las cuales se encuentran identificadas por los siguientes IDP:

1917	134	8008	179	252	329	2101	8228	8230	395	12521	12977	8302
9326	6011	408	12954	12958	12533	1356	8363	1331	13075	1332	6424	13369
1919	346	13336	13346	1725	2495	1883	13382	5057	8523	13450	13169	5062
13208	6640	8232	4299	3286	12872	449	4643	4642	5415	5446	6398	5787
5963	6040	6017	8923	8921	3469	8979	6741	9274	1696	13626	13642	

Dentro de las 48 horas siguientes, el SENA expedirá 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.

TERCERO: El estudio de equivalencias que se le realice al accionante deberá llevarse a cabo 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

CUARTO: La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá 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 quien deberá nombrar a la aspirante **ORIANA VANESSA FIGUEROA**, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse.

QUINTO: ORDENAR suspender la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se le dé total cumplimiento a este fallo de tutela.

SEXTO: ORDENAR a las accionadas que informen a este Despacho sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia.

2. Hechos y argumentos de la tutela

De la demanda se extraen los siguientes hechos:

Mediante Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del SENA a través de la Convocatoria No 436 de 2017, razón por la que, la accionante Oriana Vanessa Figueroa se inscribió para optar por una de las vacantes del empleo identificado con

el número OPEC 61988, denominación: profesional grado 2, superando las pruebas y etapas del concurso de méritos, y quedando en el puesto No 3, según la lista de elegibles No 20182120150945 con 66.89 puntos.

La CNSC, según el artículo 11 de la Ley 909 de 2004 tiene la obligación de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que estuvieran en vacancias definitivas o que se crearan posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

La Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, en la cual se estableció en el numeral 4 del artículo 6, que: *“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 permitía el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados, tal como lo confirmaba la Comisión en auto de 16 de enero del año 2020, razón por la que, el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se hicieran uso de lista de elegibles; sin embargo, este proceso no se ha adelantado ya que existían solicitudes de exclusión sin resolver.

La lista de elegibles vence el 13 de febrero de 2022 y a la fecha no se le ha dado la posibilidad a la accionante de hacer uso de la misma, pues al encontrarse como elegible para un cargo con la denominación PROFESIONAL GRADO 2, tiene derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatoria 436 de 2017, no fueron provistas por parte de la CNSC y el SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades, sin que por parte de las accionadas se realizara el ofrecimiento de nombramiento en periodo de prueba en aplicación de la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

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, cargos que cuentan con una similitud funcional con el cargo denominado “profesional grado 2” de la convocatoria 436 de 2017 sin que en ella se tenga en cuenta la lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y con las que pretenden hacer un concurso mixto.

En septiembre del año 2020, la accionante presentó derechos de petición ante la CNSC y el SENA, solicitando información sobre los cargos declarados desiertos y no ofertados con la denominación de Profesional, obteniendo respuestas evasivas por el SENA.

Mediante sentencia proferida el 2 de febrero de 2021 por el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad Del Circuito de Bogotá Sección Segunda en la acción de tutela promovida por Graciela Pulido León se resolvió:

PRIMERO: TUTELAR el derecho de acceso a cargos públicos y petición de la señora GRACIELA PULIDO LEON violados por la CNSC

SEGUNDO: ORDENAR a la CNSC dar aplicación a lo dispuesto en la ley 1960 con efectos retrospectivos.

TERCERO: Extender con efectos Intercomunis lo dispuesto en el numeral segundo a todos con concursantes de la convocatoria 436 del 2017, cuyas listas se encuentren vigentes.

CUARTO: Disponer que mientras no se haya dado cumplimiento a esta providencia, las listas de elegibles de la convocatoria 436, vigentes a la fecha, no perderán vigencia.

La anterior providencia fue objeto de impugnación y la Sección Tercera de esta Corporación revocó los efectos intercomunis del fallo de tutela, protegiendo solamente los derechos fundamentales invocados por la actora, no sin antes exhortar a los demás concursantes para que, si sentían vulnerados sus derechos fundamentales, hicieran uso directamente de la acción constitucional.

3. Contestación

El **Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA** remitió contestación vía electrónica en la que solicitó se declarara improcedente o subsidiariamente se negara la acción de tutela por ausencia de la vulneración de los derechos invocados. Dijo que la lista de elegibles de la que hace parte la accionante fue establecida mediante Resolución 2018212015945 del 17 de octubre de 2018, de manera que no cumple el requisito de inmediatez. Señaló que tampoco se cumplió con el requisito de subsidiariedad atendiendo a que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial establecidos en el CPACA para atacar los actos administrativos y no se acreditó el perjuicio irremediable.

Argumentó que el SENA reportó a la CNSC un total de 4973 vacantes con el fin de realizar concurso para su provisión definitiva, motivo por el cual se apertura la Convocatoria 436 de 2017 y el concurso de méritos surtió todas las etapas previstas en la ley. Así mismo precisó que la lista de elegibles se elaboró por la CNSC de acuerdo con los resultados de las pruebas aplicadas por la CNSC, en estricto orden de mérito según la calificación obtenida.

Finalmente dijo que 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, motivo por el cual, en caso de que se determine

que el accionante cuenta con el orden de mérito para ser nombrado.

Frente al caso concreto de la accionante, estableció:

De conformidad con el acuerdo que rigió la Convocatoria 436 de 2017, la accionante se inscribió para participar en la conformación de la lista de elegibles para proveer una vacante de empleo de carrera identificado con el código OPEC No 61988 denominado INSTRUCTOR CODIGO 3010.

Terminadas las etapas de la convocatoria 436 de 2017, se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante

Por lo cual que la OPEC 61988 se encuentra provista en carrera administrativa por la persona que se encuentra en el primer puesto.

Respecto lo anterior, es de resaltar que el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, establece que la lista de elegibles elaboradas 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.

(...)

Consecuentemente, no se vislumbra por parte de la entidad una vulneración a los derechos fundamentales esgrimidos por el accionante, por cuanto las actuaciones de la administración, en la aplicación del resultado de la convocatoria 436 de 2017, para conformar las listas de elegibles para proveer las vacante de los empleos de carrera administrativa en el SENA, se realizó conforme al procedimiento planteado previamente en los acuerdos de la CNSC, garantizando en igualdad de condiciones que todos los ciudadanos participaran y pudieran acceder a los cargos públicos, inscribiéndose en una sola OPEC. En consecuencia, argumentar la afectación de derechos fundamentales, para poder acceder en contravía de lo establecido en las reglas y condiciones de la convocatoria, es una grave afrenta a los derechos de la generalidad de los ciudadanos.

(...)

De conformidad con el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas 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.

(...)

Posteriormente la CNSC, expidió el 1 de agosto de 2019, 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 adelante, 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.”

De acuerdo con lo anterior, las listas de elegibles solo serán usadas en caso de 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 Comisión Nacional del Servicio Civil, lo que en el tiempo de la vigencia de la lista no se presentó dicha situación.**

La **Comisión Nacional del Servicio Civil** al contestar la acción de tutela señaló que, consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó dos vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61988 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que estará vigente hasta el 26 de agosto de 2022.

Por otro lado, indicó que, consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el SENA no ha reportado movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritosa de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo tanto, las vacantes ofertadas se encuentran ofertadas con quienes ocupasen las posiciones 1 y 2.

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

Frente al caso concreto de la accionante, dispuso:

(...) Estado del accionante en el Proceso de Selección

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que la señora Oriana Vanessa Figueroa **ocupó la posición tres (3)**, en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018, en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritatoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto por lo que se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

3. Caso en Concreto

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61773 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120152785 del 25 de octubre de 2019 **se declaró desierta la vacante oferta.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 62011 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120152795 del 25 de octubre de 2019 **se declaró desierta la vacante oferta.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61309 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120152775 del 25 de octubre de 2019 **se declaró desierta la vacante oferta.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 62070 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120151205 del 17 de octubre de 2018 por medio de la cual se conformó lista de elegibles. **No obstante, la lista se encuentra agotada.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 62075 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20182120145825 del 17 de octubre de 2019 se conformó lista de elegibles.

Por lo tanto, no resulta procedente autorizar el uso de la lista de elegibles que integra el accionante con las vacantes generadas para este empleo toda vez que dicho empleo cuenta con lista de elegibles los cuales tienen mejor

derecho que el accionante y se presume que las vacantes se encuentran provistas con quienes ocuparon posición meritoria.

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61295 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120140605 de 17 de octubre de 2019 por medio de la cual se conformó lista de elegibles. **No obstante, y con ocasión de la movilidad la lista se encuentra agotada**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61789 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120143855 de 17 de octubre de 2019, por medio de la cual se conformó lista de elegibles. **No obstante, y con ocasión de la movilidad la lista se encuentra agotada.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61749 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120150325 de 17 de octubre de 2019 por medio de la cual se conformó lista de elegibles. Por lo tanto, no resulta procedente autorizar el uso de la lista de elegibles, toda vez que dicho empleo cuenta con lista de elegibles los cuales tienen mejor derecho que el accionante y se presume que las vacantes se encuentran provistas con quienes ocuparon posición meritoria.

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **dos (2) vacantes** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61346 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120140865 de 17 de octubre de 2019. Por lo tanto, no resulta procedente autorizar el uso de la lista de elegibles, toda vez que dicho empleo cuenta con lista de elegibles los cuales tienen mejor derecho que el accionante y se presume que las vacantes se encuentran provistas con quienes ocuparon posición meritoria.

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61358 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120140935 de 17 de octubre de 2018, por medio de la cual se conformó lista de elegibles. **No obstante, la lista se encuentra agotada.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61537 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120149825 de 17 de octubre de 2019. **Sin embargo, la lista se encuentra agotada.**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 62122 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso se expidió Resolución Nro. 20182120151505 de 17 de octubre de 2019. **Sin embargo, la lista se encuentra agotada.**

Así las cosas, es deber de la entidad realizar los estudios técnicos correspondientes a fin de identificar si la vacante habrá de realizarse reportando aplicación a la Circular Externa 001 de 2020, en la cual se establecen los lineamientos para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del Criterio Unificado de uso de listas en el contexto de la Ley 1960, o mediante lo dispuesto en la Circular Conjunta Nro. 011 de 2019, por la cual se fijan lineamientos para el reporte de vacantes que requieren un nuevo concurso en virtud a que se encuentran provistas mediante encargos o nombramientos en provisionalidad y no cuentan con listas vigentes.

Corolario en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, **por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista** para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo erigido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 *“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*.

4. Fallo de primera instancia

El 17 de junio de 2021, el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá decidió amparar los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y debido proceso de la accionante por considerar:

En el presente asunto se encuentra acreditado que la Comisión Nacional del Servicio Civil y el ICBF adelantaron el Proceso de Selección nro. 436 de 2017.

Que en desarrollo de dicho proceso, la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA participó en el concurso público de méritos abierto por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL mediante la Convocatoria 436 de 2017, y ocupó la posición 3 en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución nro. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018, por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer 2 vacantes del empleo identificado con el código OPEC 61988 denominado profesional grado 2 del Sistema General de Carrera del servicio Nacional de Aprendizaje – Sena Convocatoria 436 de 2017, entidad que ofertó 2 vacantes para este cargo.

La señora ORIANA VANESSA FIGUEROA solicitó que se le ampararan los derechos fundamentales invocados, y, como consecuencia de ello, se ordenara a las entidades accionadas que la nombraran en un empleo equivalente de carrera administrativa que se encontrara vacante en la planta de personal del SENA, y que tuviera similar denominación, funciones, grado y salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 61988 denominado profesional grado 2 de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, de la que hace parte.

En el artículo 6° de la referida resolución se dejó establecido que, la Lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No.

20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004

En este punto, el numeral 4 del artículo 31, de la Ley 909 de 2004, que regía al momento de la convocatoria de la cual hace parte la accionante, consagraba lo siguiente: “(...) *Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella elaborará es estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso (...)*”.

El artículo 6º de la ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, trae un nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de los procesos de selección aprobadas con anterioridad a su vigencia, esto es, junio 27 de 2019, en los siguientes términos:

*“(...) 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 (...)**”* subraya el despacho fuera de texto

En criterio de la CNSC, el referido régimen tiene aplicación en la actualidad para la provisión de las vacantes que se generaran con posterioridad y que correspondieran a los mismos empleos. Así lo dejó establecido en criterio unificado de sesión realizada el 22 de septiembre de 2020, en los siguientes términos: “(...) *En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley (...)*”

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.

En relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional en Sentencia SU 309 de 2019, señaló que dicho fenómeno 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, puntualizando que “(...) *el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, ‘pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...’.* De este modo, ‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la normal (...)’.

En sentencia T-340 de 2020, mediante la cual se analizó la retrospectividad de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidieran dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, se precisó:

“(…) 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”. 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.***

*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. (Negrilla y subrayas propias)

Conforme lo anterior, el artículo 6 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, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En este caso, según los antecedentes expuestos, la accionante fue incluida en una lista de elegibles que a la fecha de presentación de la acción de tutela se encontraba vigente, pues la misma se encontraba en firme a partir del 14 de febrero de 2020, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.

La Comisión Nacional de Servicio Civil mediante CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” Fecha de sesión: 22 de septiembre de 2020, estableció cinco pasos para establecer si un empleo es equivalente a otro (...).

Así pues, un análisis en conjunto de las disposiciones previamente citadas, permiten inferir la posibilidad de utilizar una determinada lista de elegibles para proveer empleos de similar clasificación al que se concursó y que fueron creados con posterioridad a la convocatoria.

Ahora bien, la materialización de dicha prerrogativa no opera per se, pues para ello será necesario comprobar si una determinada lista de elegibles es idónea para proveer un nuevo cargo creado en la planta de personal.

Ahora bien, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA es la entidad responsable de reportar los nuevos empleos y los que se encuentren vacantes a la CNSC, pues tiene el deber de remitir la información concerniente no solo de aquellos denominados mismo empleo, sino empleo equivalente, con la finalidad de que sean elaboradas las nuevas listas de elegibles.

No obstante, dentro del expediente no obra prueba que permita evidenciar que el SENA haya reportado a la CNSC cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados equivalentes a los de la OPEC No. 61988 de la Convocatoria No. 436 de 2017 en la cual participó la accionante y ocupó un lugar dentro de la lista de elegibles, circunstancia que constituye una vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, porque tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición la Ley 1960 de 2020 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 listas.

Finalmente, el Despacho encuentra que, si bien la parte accionante alegó como derecho vulnerado el de petición, el Despacho no hará pronunciamiento, por cuanto no se aportó copia de la petición frente a la cual se solicitó el amparo constitucional

Ahora bien, aunque literalmente la pretensión de la accionantes se dirige a que el SENA no ha contestado de manera puntual cuáles son los cargos a nivel nacional que se encuentran desiertos y no ofertados con la denominación de PROFESIONAL, GRADO 2, también es que el asunto de fondo que se trasluce en la presente tutela, es la pretensión del accionante de que sea nombrada en un empleo equivalente de carrera administrativa que se encuentre vacante en la planta de personal del SENA, y que tenga similar denominación, funciones, grado y salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC No 61988 denominado PROFESIONAL, GRADO 2 de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC.

Frente a la presunta vulneración al derecho **fundamental del trabajo, igualdad y dignidad humana**, aludida por la accionante, el Despacho considera que, la Convocatoria tantas veces citada es una oportunidad que tiene la accionante de acceder a uno de los cargos ofertados en la misma, convirtiéndose en una expectativa que, de superar todas las etapas establecidas en ella y de evidenciarse una posible vacante, adquirirá la posibilidad de acceder al cargo, sin que en el plenario se acredite que efectivamente la Entidad está obligada a realizar la posesión en este momento y que su participación garantice su aprobación o ingreso al servicio, además, no se acreditó que en un cargo de la misma naturaleza a la que aspiró la accionante, las accionadas hayan actuado de forma diferente, razón por la que se negará el amparo de los derecho antes citados.

Finalmente, respecto de la solicitud de la accionante de aplicar como precedente jurisprudencial la sentencia de tutela número 11001-3335-012-2020-00315-00 Demandante: GRACIELA PULIDO LEON de fecha 28 de enero de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección “A” M.P Alfonso Sarmiento Castro, sobre este caso concreto, es preciso señalar que como tales decisiones deben someterse a la revisión del máximo órgano de cierre de la jurisdiccional, es viable aplicarla como precedente. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente¹⁶: *“(...) Ahora, la Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el horizontal y el vertical. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores. (...)”*

Es importante anotar que el Juzgado 12 administrativo oral de Bogotá resolvió un problema jurídico similar al que plantea la accionante. La sentencia fue objeto de apelación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B que, mediante providencia del 28 de enero del 2021, confirmó parcialmente la decisión tomada en primera instancia.

En lo atinente a la orden que se dio a la CNSC para que aplicara de manera retrospectiva la Ley 1960 del 2019, sostuvo que efectivamente esa es la interpretación que respeta la teleología del artículo 125 constitucional y es la acogida por la Corte Constitucional.

“(…) En cuanto al alcance de la Ley 1960 de 2019, a la Sala no le asiste duda de que debe cobijar a listas de elegibles emitidas con antelación, como ocurre con la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 20182120181235 del 24 de diciembre de 2018, pues es la tesis que respeta la teleología del artículo 125 constitucional¹⁵ y, por ende, se entiende ajustada a la Carta Política, además, es la actualmente acogida por la Corte Constitucional – Sentencia T340 de 2020 (…)”

En la providencia que se viene citando, el Tribunal precisó que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T - 340 la definición de cargo equivalente es la que da la CNSC, pues es el organismo que por mandato constitucional tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos

Por lo tanto, la providencia que profirió el Juzgado 12 Administrado de Bogotá fue revocada en cuanto dispuso efecto intercomunis, bajo la consideración que dicho efecto solo puede ser dispuesto las Altas Corporaciones de justicia.

En este orden de ideas, el Despacho comparte los argumentos expuestos en la parte motiva en la sentencia de fecha 28 de enero de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección “A” M.P Alfonso Sarmiento Castro, razón por la que dará aplicación al precedente expuesto, pero en materia de órdenes, será de una forma más precisa a efectos de poder seguir el cumplimiento de presente fallo.

5. Impugnación

La **Comisión Nacional del Servicio Civil** impugnó la decisión, en la que solicitó se revoque el fallo de primera instancia, por lo siguiente:

1. El fallo impugnado desconoce de manera grave las normas que regulan la carrera administrativa e implica un desbordamiento de la competencia del Juez de tutela, porque sin tener competencia para ello, a pesar de que formalmente cita las normas sobre improcedencia de la acción de tutela por subsidiaridad, consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 6 numeral 1º del Decreto 2591 de 1991; inmiscuyéndose en un asunto de fondo del concurso de méritos **al suponer que la accionante tiene derecho a acceder a un cargo público por mérito, cuando precisamente se trata de lo contrario: la parte actora busca eludir que no logró posición de mérito para ser nombrada por vía de tutela.**

Entonces, de entrada, **esta acción es improcedente y el fallo impugnado erró al considerar lo contrario.**

Sumado al hecho que la accionante conoció las condiciones del concurso de méritos desde el año 2016, y tiene pleno conocimiento de su estado dentro de la lista de elegibles adoptada mediante **Resolución No. CNSC 20182120150945 DEL 17/10/18**, y solo hasta ahora, cuando ya está vencida la lista, argumenta una supuesta vulneración que erradamente concede el a quo, violentando el principio de inmediatez.

Ahora, con respecto al atributo de **ejecutoriedad** del mencionado acto administrativo, es importante señalar lo ordenado en la parte resolutive del mismo:

“(…)

ARTÍCULO SEXTO.- La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su **firmeza**, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No.20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- **Publicar** el presente Acto Administrativo en la página web www.cnsc.gov.co, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO OCTAVO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su firmeza y contra la misma no procede recurso alguno. (...). (Subraya y Negrita Propia).

En línea con lo anterior, el Acuerdo de Convocatoria CNCS - 2017000000116 del 24-07-2017, estipula lo siguiente, con respecto a la firmeza y a la vigencia de las Listas de Elegibles:

“ARTÍCULO 56. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. La firmeza de las listas de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página Web www.cnsc.gov.co enlace Banco Nacional de Listas de Elegibles, "Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA", no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en los Artículos 54º y 55º del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

(...)

ARTÍCULO 58º. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su **firmeza**". (Subraya propia).

Así mismo, como quiera que la Lista de elegibles fue publicada el día 26 de octubre de 2018, la misma **adquirió firmeza total el día 27 de agosto de 2020**. Por lo tanto y conforme a lo establecido en el Acuerdo de Convocatoria, su vigencia es hasta el día **26 de agosto de 2022**. Lo anterior puede evidenciarse en la página del Banco Nacional de Listas de Elegibles: <https://bnle.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>.

Consulta BNLE							
* Convocatoria		Convocatoria No. 436 de 2017 Servicio Nac					
* Número empleo OPEC:		61988					
Buscar		Limpiar					
Resumen de la búsqueda							
Código:	null	Grado:	2	Denominación:	Profesional (Sena)	Observaciones de la búsqueda:	Total encontrados en
Actos BNLE							
No. Acto Administrativo	Fecha del Acto Administrativo	Fecha de Publicación	Observaciones	Fecha de Firmeza	Fecha de Publicación Firmeza	Fecha de Vencimiento	
20182120150945-E	07/03/19	07/03/19	FIRMEZA INDIVIDUAL	07/03/19	07/03/19	06/03/21	
20182120150945	17/10/18	26/10/18	CONFORMAR LE				
20182120150945-E	14/02/20	19/02/20	FIRMEZA INDIVIDUAL	14/02/20	14/02/20	13/02/22	
20182120150945-E	27/08/20	24/09/20	FIRMEZA INDIVIDUAL	27/08/20	24/09/20	26/08/22	

Entonces, se reitera que la fecha de **ejecutoriedad** del publicitado acto administrativo fue el **27 de agosto de 2020**, lo que significa que desde ese

día, el mismo se considera suficientemente consolidado, efectivo y en firme, por consiguiente con carácter ejecutivo. (Se anexa Acto Administrativo).

2. Desde el punto de vista lógico, es una **petición de principio o argumento circular**, pues dice que supuestamente se violó el derecho al debido proceso, pero no dice por qué, ni en qué consistió la vulneración. **En este caso acontece todo lo contrario, quien pretende desconocer el debido proceso del concurso de méritos es la parte actora.**

3. El fallo impugnado resulta violatorio del numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, **vigente para cuando se realizó el concurso**, que establecía que con las listas de elegibles “en estricto orden de mérito **se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso**”, no otras.

Se precisa que las listas de elegibles se conforman por empleo, por ello, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en período de prueba, **no es jurídicamente posible reagrupar o integrar 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.

4. La decisión impugnada le da aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, desconociendo que la Convocatoria Nro. 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.

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.

Bajo ese entendido, tenemos que **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. Así lo ha confirmado la Corte Constitucional.

“En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia”.

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.**

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 júdece, ya que nos encontramos 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.

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"** entendiéndose, 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".

5. De otra parte, frente a la forma como se van “agotando” las listas de elegibles y las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas, las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, circunstancias que pueden conllevar, previa solicitud de la entidad, el uso de una lista de elegibles vigente, siempre que se enmarque en lo normado en el parágrafo 1° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

(...)

6. En este orden de ideas, dado que la CNSC conformó lista de elegibles para el empleo denominado **Profesional, Grado 2**, identificado con código **OPEC No.61988**, mediante la **Resolución No. CNSC 20182120150945 DEL 17/10/18**, acto administrativo de carácter particular que como ya se indicó, adquirió firmeza total desde el 27 de agosto de 2020, entonces, nos encontramos ante una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad, pues queda claro que la hoy accionante **concurrió para la provisión de dos (2) vacante, hoy provistas por quienes ocuparon las posiciones meritorias dentro de la lista de elegibles**, y con derechos de carrera administrativa consolidados.

En las consideraciones del fallo bajo examen, se desconoce entre otras disposiciones, lo establecido en el parágrafo primero del artículo 2.2.5.3.2

del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se define el orden de provisión de los empleos de carrera administrativa, que dispone:

“PARÁGRAFO 1º. 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, sólo 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” (Subraya y Negrita propia).

La Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, de acuerdo con la normatividad aplicable, no previó la conformación de listas generales o unificadas, **luego no puede el juez de primera instancia, pasados más de tres (3) años, cambiar las reglas de juego a que se sometieron miles de aspirantes.**

7. Entonces, lo ordenado por el ad quo no tiene asidero legal alguno, pues no tuvo en cuenta que la actora concursó para el empleo **Profesional, Grado 2**, identificado con código **OPEC No. 61988** y nombrarla en otro empleo, genera vulneración de los derechos de las personas que sí concursaron para los otros cargos, además, téngase en cuenta que la accionante no reúne 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.

Precisamente la ley ha limitado el derecho a ser nombrado en los concursos de méritos solo para el cargo empleo que se concursó y aprobó satisfactoriamente (Decreto 1083 de 2015), pues no es un secreto, que la lista de elegibles elaboradas 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,** y en este caso, se reitera, solo habían dos vacantes, que ya fueron satisfechas por quienes ocuparon las dos primeras posiciones, por tanto, la accionante debe estar atenta a las vacantes que se fueran generando por una u otra razón en dichos cargos, a efecto, ahí sí, de exigir el nombramiento de acuerdo al orden de la lista, antes de que expire dicho listado.

7. Ahora bien, mediante Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019, numeral 6º, La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP 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:

"(...) El artículo 7º de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) la presente ley rige a partir de su publicación (...)", hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019”.

8. En relación con la Aplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, sea lo primero señalar 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, 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**” (Negrita propia).

Por lo que las instrucciones comprendidas en la Circular No. 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:

- 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.
- 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.

(...)

Así las cosas, y como se ha indicado a lo largo de este escrito, el Criterio Unificado lejos de atar la condición de “mismo empleo” al código OPEC, estableció las características que permitirían determinar la igualdad, mas no la equivalencia, de dos o más empleos y con base en ello, autorizar el uso de una lista de elegibles, actuación que se reitera está amparada bajo el marco normativo vigente para la época en que dio inicio el proceso de selección, no siendo aplicable, como lo indica el juez preceptos posteriores, como es la Ley 1960 de 2019.

Adicional a ello, se indica que la CNSC a través de su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, lejos de modificar el concepto de empleo equivalente o de interpretarlo, lo que hizo fue señalar la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, esto respecto de los procesos de selección aprobados con anterioridad y posterioridad al 27 de junio de 2019.

El criterio unificado lo que hace es establecer las reglas para el uso de listas de elegibles, bajo las normas que aplicaban para el momento de aprobación de la convocatoria y los principios y las reglas que dictan la vigencia de la ley en el tiempo.

Ahora, frente a la orden a la CNSC de “(...) *efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos x relacionados con la OPEC 61988, tal como lo dispone la Ley 1960 de 2019 (...)*”, es importante aclarar que la Ley 1960 de 2019 **NO prevé la consolidación de Listas Generales de elegibles, sino el uso de las listas de elegibles**, para la provisión de empleos no convocados. Bajo estas consideraciones, es lo cierto que no se ha vulnerado por parte de la CNSC los derechos fundamentales de la actora, dado que se le ha garantizado bajo la normatividad que rige el proceso de selección Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, la posibilidad de aspirar y acceder por mérito a un empleo de carrera administrativa, diferente es que no hayan existido “mismo empleos” en la planta de personal del SENA frente a los cuales se hubiese podido autorizar el uso de lista de elegibles, durante la vigencia de la lista de elegibles, y que esto le hubiese permitido ser nombrada en período de prueba, aclarando en todo caso que “mismo empleo”, no significa en ningún momento que corresponda a la misma OPEC a la que se inscribió la tutelante, sino a aquellas que cumplan con las características que comprende el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020.

Finalmente, se indica que la acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual, no tiene la capacidad para dejar sin efectos actos administrativos de contenido general, como lo es, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, y menos aún, definir el alcance y aplicación de una ley, cuando el legislador es claro en señalar dentro la misma que esta surte efectos a partir del momento de su publicación en el Diario Oficial, no haciéndola retrospectiva ni retroactiva a los procesos de selección iniciado con anterioridad a su promulgación, contrariando el principio de seguridad jurídica que protege la certidumbre sobre los derechos y obligaciones que puedan surgir a favor de los aspirantes que participaron en la convocatoria.

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA impugnó la decisión y solicitó se aclarara el numeral sexto de la parte resolutive, para ello, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y, adicional a ello, señaló:

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, apertura la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, en la cual todas las personas interesadas en participar y que cumplieran con los requisitos de los empleos reportados, podían comprar los derechos de participar y posteriormente inscribirse a través del aplicativo SIMO, dispuesto por la Entidad en mención.

La convocatoria a concurso abierto de méritos, No 436 de 2017, se realizó a través del Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, estableciendo las reglas del concurso para proveer definitivamente los

empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

El artículo 4 de la convocatoria pública 436 de 2017, señaló las siguientes fases del proceso: “1. Convocatoria y divulgación, 2. Inscripciones, 3. Verificación de requisitos mínimos, 4. Aplicación de pruebas, 4.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales; 4.3 Valoración de antecedente; 4.4 Prueba técnico - pedagógica para cargos de Técnico; 5. Conformación de lista de elegibles; 6. Periodo de prueba.

El numeral 4 del artículo 9 de la convocatoria pública 436 de 2017, señaló que, para participar en el proceso, el ciudadano interesado debía aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria (...).

Como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la Resolución No CNSC - 20182120150945 del 17 de octubre de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer **dos (02) vacantes** del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 61988 denominado Instructor Grado 1.

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 siete (7) ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el tercer (3) puesto, con un puntaje de 66.89 14/02/2020 se da firmeza del primer puesto y 07/03/2020 de la firmeza del 2 puesto los cuales fueron provistos según el orden de la lista de elegibles.

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 periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

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, conforme 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 superaren el periodo de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos el elegible en estricto orden de mérito de manera descendente. De conformidad con el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas 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.

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 periodo 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 (...)”

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 meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.”

La CNSC, expidió el 1 de agosto de 2019, 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 adelante, 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.”

CONSIDERACIONES

Para resolver la impugnación, la Sala adoptará la siguiente metodología: **1.** Procedencia de la acción, **2.** Del problema jurídico a resolver y **3.** Caso concreto.

1. Procedencia de la acción

La acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 306 de 1992, se ejerce para reclamar de la jurisdicción, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando se vean amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

En primer lugar, la Sala deberá analizar la procedencia de la tutela formulada, y luego, en caso de encontrarla procedente, se pronunciará sobre la impugnación.

En cuanto a la procedencia, los artículos 5 y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 5. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. 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 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito

ARTÍCULO 6. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La acción de tutela no procederá

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen 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.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Así mismo, la acción de tutela procederá de manera excepcional en los siguientes eventos:

- i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.
- ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.
- iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela¹.

El legislador consagró la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y residual de protección de derechos, quiere decir ello que esta acción no procederá cuando el actor cuente con un medio judicial diferente al amparo constitucional para ejercer la protección de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, quien pretenda el amparo de sus derechos fundamentales en sede de tutela, deberá acreditar que acude al recurso de amparo habiendo agotado previamente todas las instancias judiciales con que contaba para solicitar la protección de sus derechos. Lo anterior, en aras de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-318 de 2017, ha reiterado:

Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado, en forma reiterada, que aun cuando la acción constitucional ha sido prevista como un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se presente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Bajo esta línea interpretativa, la Corte ha enfatizado que, en la medida en que el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los raigambre fundamental, la procedencia excepcional del mecanismo de amparo se

¹ Sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004 y T-1012 de 2003.

justifica en razón a la necesidad de preservar las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el propósito de impedir no solo su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto exclusivamente reservado a la acción constitucional, toda vez que el Texto Superior le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), razón por la cual debe entenderse que los diversos medios judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Constitución le reconoció a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás mecanismos de defensa judicial, los cuales se constituyen, entonces, en los instrumentos a los que deben acudir de manera preferente las personas para lograr la protección de sus derechos.

(...)

Con todo, la nota definitoria de subsidiaridad de la acción de tutela impone la obligación al interesado de desplegar todo su actuar para poner en marcha los medios ordinarios de defensa consagrados en el ordenamiento jurídico y así lograr la protección de sus derechos fundamentales. De ahí que, para acudir a la acción de amparo el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios porque la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción constitucional.

También la Corte Constitucional² ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela:

La primera consagrada en artículo 86 Superior al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Se fundamenta en que la persona tiene a su alcance un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el amparo constitucional se convierte en un mecanismo procedente para brindarle, de manera transitoria, la protección de sus derechos fundamentales, mientras que el juez natural resuelve el caso.

Así mismo, este Tribunal, ha destacado que cuando se trata de esta hipótesis, el accionante deberá acreditar: *(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo*³.

² Ibídem

³ Sentencia T-225 de 1998

La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando señala que también procede la acción constitucional cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales, caso en el cual emerge como mecanismo definitivo de protección. Así, el juez constitucional deberá efectuar un análisis particular del caso concreto, pues en este podría percatarse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados.

En síntesis, la acción constitucional no puede desplazar al juez ordinario y solo subsidiariamente, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia, aquella puede invocarse para solicitar una protección transitoria, o una protección definitiva. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento.

Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere la protección constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el afectado se enfrentaría a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La protección del derecho fundamental al debido proceso en concursos de mérito.

La Corte Constitucional ha manifestado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente en relación con los concursos de mérito para acceder a cargos de carrera; sin embargo, los medios de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no resultan idóneos y eficaces en razón del tiempo prolongado para su finalización, razón por la que últimamente se ha estudiado esta acción constitucional para la protección de los derechos fundamentales de los concursantes. Ahora bien, en relación con el debido proceso ha indicado la Corte Constitucional:

La Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas

reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.⁴

En relación con la protección del derecho al trabajo y al acceso a los cargos públicos, el máximo órgano Constitucional ha manifestado:

El derecho de acceso a los cargos públicos está prescrito en el numeral 7° del artículo 40 de la Carta Política. Aquí se consagra que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”.

Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también y constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo prescrito en el artículo 25 de la Constitución Política está compuesto por diversos elementos, algunos relacionados con el deber estatal de propiciar políticas de empleo y otros que, vistos desde la esfera subjetiva, están relacionados con el derecho a elegir un empleo y que éste se proporcione en condiciones dignas y justas. Por su parte, el derecho a acceder a un cargo público consiste en la garantía que tiene todo ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria.

Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción (...)

En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión.⁵

Resalta la Corte Constitucional el derecho de todo ciudadano de presentarse a concursar para ocupar un cargo de carrera administrativa, haciendo énfasis en que previo a ello debe cumplir con los requisitos contenidos en la convocatoria, lo cual, al momento de la inscripción, resulta una obligación en cabeza del concursante.

(...) la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-682 de 2016 del 2 de diciembre de 2016, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación⁶

2. Problema(s) jurídico(s)

En los términos de las impugnaciones, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia por no encontrarse acreditada la violación de los derechos fundamentales de la señora Oriana Vanessa Figueroa.

3. Caso concreto

La señora Oriana Vanessa Figueroa, por medio de la interposición de la acción de tutela, pretende el amparo de sus derechos fundamentales a dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del Estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto a la Ley 1960 de 2019.

El Juez de primera instancia resolvió amparar los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y debido proceso de la accionante y, en consecuencia, ordenó a las accionadas a efectuar el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados y, en caso de ser procedente, efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes de conformidad con la Ley 1960 de 2019.

Se tienen como hechos probados, los siguientes:

- La señora Oriana Figueroa participó en la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA, efectuada mediante Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para proveer empleos dentro del Instituto Nacional de Aprendizaje - SENA.

- Para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 61988 Denominado Profesional, Grado 2, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, ocupando la posición número 3, adoptada mediante Resolución No. 20202120020475 del 24 de enero de 2020, que resolvió la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018 que estará

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-090 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

vigente hasta el 14 de febrero de 2022, por cuanto cobró firmeza el 14 de febrero de 2020.

- La Ley 1960 del 27 de junio de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, en la cual se estableció en el numeral 4 del artículo 6, 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 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”.

- A su vez, la CNSC, en sesión del 22 de septiembre de 2020, se pronunció sobre el «Uso de listas de elegibles para empleos equivalentes» manifestando lo mismo que establece el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

- La Corte Constitucional, en sentencia T-340 de 2020 se pronunció sobre la retrospectividad del tan mentado artículo a las listas de elegibles conformadas por la CNSC y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobadas antes del 27 de junio de 2019 en los siguientes términos:

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”*. 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.

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.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la accionante tenía la posibilidad de haber sido nombrada en período de prueba en otros cargos que no fueron convocados en el concurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1960 del 2019, pues a pesar de que su expedición fue posterior a la lista de elegibles, la Corte Constitucional señaló que la normatividad tendría una aplicación retrospectiva 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 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 vigente⁷, como ocurre en el caso concreto.

Por lo tanto y bajo esta postura adoptada, las entidades accionadas tienen la obligación de dar cumplimiento a la Ley antes de que cesen los dos años de vigencia de la Resolución Nro. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018 que empezaron el 14 de febrero del 2020 hasta el 14 de febrero del 2022, en estricto orden de méritos con las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad revisando los requisitos del cargo conforme al criterio aprobado por la Sala Plena de la CNSC y sin vulnerar

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

el mandato constitucional del artículo 53 que establece la prioridad del trabajador y donde siempre primará la situación más favorable garantizándose así los beneficios mínimos establecidos en la norma laboral.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en la que se ampararon los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y debido proceso de ORIANA VANESSA FIGUEROA. Así mismo, se aclarará el numeral sexto de la providencia impugnada en el sentido de entender que la orden no la debe cumplir el ICBF, sino el aquí accionado Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 17 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ACLARAR el numeral sexto de la decisión del 17 de junio de 2021, que quedará así:

SEXTO: Se ordena notificar el presente fallo a los demás participantes en el Proceso de Selección No. 433 de 2016 que se encuentren en lista de elegibles para el cargo de OPEC No 61988 denominado PROFESIONAL, GRADO 2. Para estos efectos, se dispone que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA publiquen en su página web o en el aparte de la red correspondiente al proceso de selección e informen al correo electrónico allí consignado por cada uno de quienes conforman la listas de elegibles relacionado con la OPEC 61988, la presente providencia, a fin de que los vinculados, tengan conocimiento de la decisión aquí adoptada.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección Tercera **NOTIFICAR** esta decisión a los siguientes canales digitales, de conformidad a las direcciones electrónicas que reposan en el plenario:

Accionante(s)	saneva222007@hotmail.com electronicossaneva222007@hotmail.com
Accionado(s)	servicioalciudadano@sena.edu.co judicialdireccion@sena.edu.co judicialcundinamarca@sena.edu.co atencionalciudadano@cncs.gov.co notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

Expediente: 1100133360362021-00178-01

Demandante: Oriana Vanessa Figueroa

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA

Sentencia de segunda instancia

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Aprobado en sesión de la fecha)



FRANKLIN PÉREZ CAMARGO

Magistrado

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN

Magistrado



CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS

Magistrada

LMRQ